J. rom. M.
385-3

# Meditationen
über
verschiedene
# Rechtsmaterien
von
zweyen Rechtsgelehrten.

---

Dritter Band.

---

Neue Auflage.

---

Braunschweig,
im Verlage bey Carl August Schröder
1 7 9 2.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

# Vorerinnerung.

In dem Vorbericht zu dem ersten Band dieser Meditationen haben wir schon angeführt, daß wir solche hauptsächlich zum Gebrauch für angehende Rechtsgelehrte bestimmt haben. Wir finden für nöthig dieses hier nochmals zu wiederholen, weil wir darnach sowohl in Ansehung der Wahl als Ausarbeitung der von uns abgehandelten Materien beurtheilet werden müssen. Geschieht das, so wird man uns auch darüber keinen Vorwurf machen können, wenn die in diesen Meditationen enthaltne streitige Rechtssätze nicht alle von gleicher Wichtigkeit sind, da auch minder wichtige jeder Rechtsgelehrte kennen muß, auch

von der Erörterung derselben die Entscheidung vieler Rechtsstreitigkeiten abhängt. Ueberhaupt aber geht unser Plan dahin, alle streitige practische Rechtsfragen nach und nach abzuhandeln, und wenn wir diesem Plan treu bleiben wollen, so konnten und durften wir uns auch nicht auf eine zu strenge Auswahl der Materien einlassen.

Wie viele Bände noch folgen werden? können wir nicht bestimmen, da wir bey Fortsetzung dieses Werks auf die gute Aufnahme desselben mit Rücksicht nehmen werden. Am Schluß werden wir zugleich ein vollständiges Register über alle Bände beyfügen.

Geschrieben Lippstadt und Schwalenberg, den 9 Febr. 1789.

Gebrüder Overbeck.

# Verzeichniß
## der Meditationen des dritten Bandes.

CXI.

Der Käufer kann sich bey dem Kauf die Freyheit ausbedingen, dem Verkäufer innerhalb einer gewissen, oder ohne Bestimmung einer Zeit, die gekaufte Sache für das gegebne Kaufgeld wieder zurückgeben zu dürfen Seite 1

CXII.

Der Vorkauf (ius retractus) findet auch bey Subhastationen statt. 5

CXIII.

Ein Testament, worin Kinder oder Eltern unrechtmäßig enterbt, oder stilleschweigend übergangen sind, bleibt alsdenn bey Kräften, wenn demselben die clausula codicillaris beygefügt ist. 9

CXIV.

Ein Testament, worin Kinder von ihren Eltern ohne Benennung einer Ursach enterbet sind, wird durch die querela nullitatis, nicht durch die querela inofficiosi umgestossen. Doch geht dieses nur blos auf die Erbeinsetzung, die andern vom Testirer gemachten Verfügungen bleiben bey Kräften. 14

CXV.

Der Mutter braucht der Pflichttheil nicht hinterlassen zu werden, wenn der Vater seinen Kindern pupillariter substituiret. Seite 21

CXVI.

Der Vater kann, ohne Bestimmung einer gewissen Quantität, auf eine gültige Weise einen Brautschatz versprechen, aber nicht eine fremde Person. 29

CXVII.

Die Wahrheit einer vorgeworfnen Injurie, hebt die Strafe derselben nicht auf. 34

CXVIII.

Zu einem Pasquill wird nicht erfordert, daß der Verfasser desselben sich nicht genannt habe 38

CXIX.

Die aus dem Kornelischen Gesetz entspringende Injurien-Klage dauret 30 Jahr. 48

CXX.

Die auf einen Widerruf gehende Klage wird in 30 Jahren verjährt. 53

CXXI.

Wörtliche Injurien werden in einem Jahr von Zeit der Wissenschaft angerechnet, verjährt. 54

CXXII.

Die Intercession des unschuldigen Ehegattens, mildert die auf die Bigamie gesetzte Strafe. 58

CXXIII.

Einem Dieb, der dreymal gestohlen, kann die Todesstrafe zuerkannt werden, wenn er gleich wegen der vorhergehenden Diebstähle nicht ist gestraft worden. 63

CXXIV.

Bey dem dritten Diebstahl findet die TodesStrafe nicht anders statt, als wenn die drey Diebstähle zusammen gerechnet, über 5 Dukaten betragen haben. Seite 67

CXXV.

Von einer auf geschehenes Aderlassen erfolgten Verblutung und Tod. 72

CXXVI.

Die unterlassene Besichtigung und Untersuchung der Wunde, hebt die ordentliche Strafe des Todschlags nicht auf, wenn der Verwundete gleich nach erhaltener Wunde gestorben ist. 75

CXXVII.

Wenn ein Kauf wegen Verletzung aufgehoben wird: so höret auch zugleich die Hypothek auf, welcher der Käufer während der Zeit auf die Sache einem andern gegeben hat. 79

CXXVIII.

Auswärtige Zeugen können von dem Producenten einigen Vorschuß wegen ihrer Reise und Zehrungs-Kosten verlangen, wenn sie solche selbst nicht gut auslegen können. 86

CXXIX.

Wenn in dem, in der Hauptsache gefällten und in die Rechtskraft getretnen Urtheil, die Früchte und Nutzungen übergangen sind, so können dieselbe nicht besonders gefordert werden. 88

CXXX.

Verbrauchte Früchte restituiret der b. f. possessor nicht, wenn wider denselben die Eigenthums-Klage angestellt worden, wenn er auch gleich reicher dadurch geworden ist. 92

CXXXI.

Wenn ein in Koncurs sich nicht gemeldeter Gläubiger in integrum restituiret wird, so kann er von den nachstehenden Gläubigern dasjenige wiederfordern, was sie nicht würden erhalten haben, wenn er gehörig klaßificiret wäre. Seite 99.

CXXXII.

Ein zwischen Vater und Sohn der noch in der väterlichen Gewalt ist, eingegangner Kontract, ist auch heut zu Tage unverbindlich. 102

CXXXIII.

Dem Gläubiger steht es frey, wenn er gleich einen von seinen correis belanget hat, diesen fahren zu lassen, und einen andern aufs Ganze zu belangen. 105

CXXXIV.

Wenn einer von den correis bezahlt hat, so kann er gegen die übrigen seinen Regreß nehmen. 108

CXXXV.

Correi debendi haben das beneficium divisionis. 112

CXXXVI.

Wenn der Gläubiger von einem seiner correi einen Theil seiner Forderung annimt, so hat er dadurch das Recht, denselben aufs Ganze zu belangen, nicht verlohren. 115

CXXXVII.

Wenn Dienstpflichtige statt der schuldigen Dienste jährlich ein gewisses Geld bezahlt haben, so kann der Dienstherr dennoch die Dienste in Natur von denselben fordern. 119

CXXXVIII.

Dienstpflichtige sind nicht schuldig, die zu leistende Dienste, auf Verlangen ihres Gutsherrn, mit Gelde zu bezahlen. Seite 124

CXXXIX.

Das Vermächtniß der Schuldforderung eines Dritten, kann auch immer eingefordert werden, wenn auch gleich der Erblasser nachher statt derselben etwas in Bezahlung angenommen. 127

CXL.

Ein Verkäufer, der sich bey dem Verkauf das Recht vorbehalten hat, von demselben abgehen zu können, wenn in einer festgesetzten Zeit das Kaufgeld nicht bezahlt ist, kann sich dieses Rechts nicht mehr bedienen, wenn er nach der festgesetzten Zeit einen Theil des Kaufgelds angenommen hat. 131

CXLI.

Der Verkäufer ist schuldig, daß auf Abschlag erhaltne Kaufgeld zurückzugeben, wenn der Kauf wegen des angehängten pactum commissorium aufgehoben wird. 134

CXLII.

Der Pflichttheil der Kinder darf nicht mit einen gegenseitigen Fideicommis (fideic. recipr.) beschwert werden. 138

CXLIII.

Die Quarta Trebellianica wird von den Fideicommissen vorher abgezogen, ehe die Legate davon abgerechnet sind. 142

CXLIV.

Dem Bürgen steht noch immer das beneficium excussionis zu, wenn er gleich mit einem Eid die Bürgschaft bestätiget hat. Seite 151

CXLV.

Die L. fin. C. de fideic. geht auch auf die Vermächtnisse. 155

CXLVI.

Ein Fideicommis welches dem gegenwärtigen Erben auferlegt ist, verbindet ihn nur blos allein, nicht aber seine übrige abwesende Miterben. 158

CXLVII.

Ein Pächter kann auch wegen der schon eingeerndten Früchte Nachlaß am Pachtgeld verlangen, wenn er durch einen Unglücksfall solche verlohren hat. 162

CXLVIII.

Der Vermiether braucht dem Miethsmann weiter nichts als die Miethe nachzulassen, wenn er, wegen entstandner Nothwendigkeit, das vermiethete Haus selbst beziehen muß. 169

CXLIX.

Die Gläubiger müssen beweisen, daß sich die Kinder in die väterliche Erbschaft immisciret haben, wenn sie solches leugnen, und aus andern Umständen dieses nicht klar ist. 173

CL.

Die L. 3. C. de apoch. publ. geht auch auf solche Quitungen, die an privat Personen ausgestellet sind. 177

CLI.

Dem Bürgen steht die exceptio excussionis nicht zu, wenn gleich der Schuldner in einer benachbarten Provinz sich aufhält. Seite 181

CLII.

Ein Bürge kann nach geschehener Zahlung von dem Gläubiger verlangen, daß er ihm die Klage gegen den Hauptschuldner und Mitbürgen abtrete. 183

CLIII.

Wenn in einer Societät der eine Societäts-Genosse, das dazu erforderliche Geld herschießt, der andere alle Arbeiten übernimt, das Geld aber durch einen Unglücksfall verlohren geht, so trägt der erste den Schaden. 190

CLIV.

In einer Societät wo der eine das Geld herschießt, der andere die Arbeiten übernimt, wird das Geld nicht gemeinschaftlich, und folglich nicht nach geendigter Societät getheilet. 195

CLV.

Eine väterliche Theilung der Güter unter den Kindern ist gültig, wenn gleich die zu einem Testament der Eltern unter ihren Kindern erforderliche Feyerlichkeit nicht beachtet sind. 198

CLVI.

Zur Verjährung der dinglichen Dienstbarkeiten wird kein Erwerbungs-Grund erfordert. 205

CLVII.

Servitutes discontinuae werden eben so wie servitutes continuae in 10 oder 20 Jahren verjähret. - 210

CLVIII.

Wenn einer ein gemeinschaftliches Gut mit einer Dienstbarkeit beschweret, und die übrigen Mitbesitzer dazu stilleschweigen; so können solche auch nachher die Dienstbarkeit nicht wieder aufheben. Seite 215

CLIX.

Eine Schenkung, die wegen nachher dem Schenker gebohrnen Kinder wiederrufen ist, wird nicht gültig, wenn auch die Kinder gleich nachher sterben sollten. 218

CLX.

Ein über eine Spielschuld eingegangner Vergleich ist ungültig. 221

CLXI.

Ein Jude kann einem Christen seine an einen Christen habende Fordrung nicht abtreten. 224

CLXII.

Ein pactum commissorium ist auch heut zu Tage bey einem Pfande unerlaubt, und gilt auch nicht, wenn es gleich nachher dem Kontract zugefügt worden. 227

CLXIII.

Ein Pfandgläubiger begiebt sich dadurch seines Pfandrechts nicht, wenn er sich zur Sicherheit seiner Forderung, einen Bürgen stellen läßt. 231

CLXIV.

Die Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten wird dadurch nicht aufgehoben, wenn dieselben sich an einen solchen Ort begeben, wo die Gemeinschaft der Güter nicht ist. 239

CLXV.

Ein Vormund kann wegen einer in Verwaltung der Vormundschaft begangnen geringen Nachläßigkeit, der Vormundschaft nicht entsetzt werden. Seite 244

CLXVI.

Ein Vormund, der wegen einer großen Nachläßigkeit seines Amts entsetzt werden, wird nicht ehrlos 247

CLXVII.

Die Erben des Vormundes sind nicht schuldig dem Pupillen den Schaden zu ersetzen, der ihm durch ein geringes Versehen seines Vormundes ist zugefügt worden. 251

CLXVIII.

Wer eine Frauensperson in der Absicht, um sich mit ihr zu verheirathen, entführt, ist nichts desto weniger mit der auf die Entführung gesetzten Strafe zu belegen 257

CLXIX.

Eine Frauensperson, die eine Mannsperson entführt, wird mit der ordentlichen Strafe der Entführung belegt. 262

CLXX.

Kinder können der elterlichen Verlassenschaft nicht für verlustig erkannt werden, wenn sie sich gegen ihre Eltern einer Enterbungs-Ursach schuldig gemacht, diese aber sie nicht enterbt haben. 264

CLXXI.

Wenn jemand sich einer ihm zugefallenen Erbschaft oder Vermächtnisses unwürdig gemacht hat, so fällt dessen Theil auch heut zu Tage dem Fiskus zu. Seite 266

CLXXII.

Ein Erbe wird heut zu Tage der Erbschaft nicht verlustig, wenn er sich weigert des Entleibten Tod zu vindiciren. 269

CLXXIII.

Die Erben sind nicht schuldig die auf die Untersuchung gegangene Kosten aus des Entleibten Erbschaft zu erstatten. 271

CLXXIV.

Unter dem Vermächtniß eines Kapitals sind die davon rückständige Zinsen nicht begriffen. 274

CLXXV.

Das Anwachsungs-Recht ius accrescendi, findet auch unter den Vermächtniß-Nehmern statt, die blos durch Worte (verbis coniuncti) mit einander verbunden sind. 277

CLXXVI.

Die aus dem Näherrecht entspringende Klage geht gegen den dritten Besitzer, und ist der Retrahent nicht schuldig, diejenige Summe zu erlegen, die diese für die Sache gegeben, sondern diejenige, wofür sie dem ersten Käufer verkauft ist. 287

CLXXVII.

CLXXVII.

Dingliche Klagen können auch an dem Wohnort des Beklagtens angestellet werden, wenn gleich die Sache, worüber geklagt wird, nicht unter der Gerichtbarkeit der Obrigkeit des Wohnorts liegt. Seite 289

CLXXVIII.

Die Erbschafts-Klage wird in 30 Jahren verjährt, wenn selbige gleich von Kindern angestellt wird. 294

CLXXIX.

Die condictio furtiva findet gegen die Erben des Diebes aufs Ganze (in solidum) statt. 298

CLXXX.

Die aus dem Wiederkauf entspringende Klage geht nicht gegen den dritten Besitzer. 304

CLXXXI.

Zur Einführung einer Gewohnheit, ist in den Gesetzen keine Zeit bestimmt. 308

CLXXXII.

Wie viele Handlungen zur Einführung einer Gewohnheit erfordert werden, ist in den Gesetzen nicht bestimmt. 312

CLXXXIII.

Zur Gültigkeit einer Gewohnheit, werden keine gerichtliche Handlungen erfordert. 314

CLXXXIV.

Wer das Recht hat über des andern Land sein Vieh zu treiben, der ist auch berechtiget über dasselbe zu gehen. Seite 317

CLXXXV.

Das Recht in seiner Mauer oder Wand Fenster zu machen steht einem jeden, auch ohne Erlaubnis seines Nachbars, zu. 320

CLXXXVI.

Das Lichtrecht, (servitus luminum) und das Recht, daß man einem das Licht nicht verbauen darf, (ne luminibus officiatur) sind zwey von einander verschiedne Dienstbarkeiten. 325

CLXXXVII.

Eben sowol sind auch die Dienstbarkeiten das Licht nicht zu verbauen, und nicht höher zu bauen (altius non tollendi) von einander verschieden. 329

# Hundert und eilfte Meditation.

Der Käufer kann sich beym Kauf die Freiheit ausbedingen, dem Verkäufer innerhalb einer gewissen Zeit, oder ohne Bestimmung einer Zeit, die gekaufte Sache, für das gegebene Kaufgeld, wieder zurückgeben, zu dürfen.

§. 1.

Um diesen Satz desto deutlicher machen zu können, wollen wir hier folgenden Fall voraussetzen. Es hat jemand ein Stück Land gekauft, bey diesem Kauf aber sich ausbedungen: daß er, falls ihm der Kauf gereuen sollte: innerhalb 10 Jahren das Recht haben wollte, dem Verkäufer für das Kaufgeld, die Sache wieder zurückzugeben. Oder wir können uns auch diesen Fall gedenken: daß der Verkäufer eine Sache wiederkäuflich verkaufe, und der Käufer sich eben=

ebenfalls hier ausbedingt, im Fall der Verkäufer den Wiederkauf nicht ausüben sollte, daß es alsdenn ihm erlaubt sey, dem Verkäufer die Sache zurückzugeben. Dies kann daher nützlich werden, weil, wie bekannt, der Verkäufer nicht zum Wiederkauf kann gezwungen werden, in diesem Fall, aber gleichsam dazu gezwungen wird.

§. 2. Soll nun auch ein solches Paktum auf Seiten des Käufers gültig seyn? Dies ist die Streitfrage, deren Beantwortung wir hier vornehmen werden. — Daß von Seiten des Verkäufers ein Wiederkauf gelte, dies ist eine ausgemachte Wahrheit, die die Erfahrung genug bestätigt; daß sich aber von Seiten des Käufers ein Wiederverkauf eben so gut gedenken lasse, auch in den Gesetzen nicht verbothen sey, glauben wir eben so gut behaupten zu können.

Die Gesetze selbst stehn uns hier gar nicht entgegen, wie jeder zugeben muß; und in den **Polizey-Ordnungen von 1548. Tit. 17. §. 8. und 1577. Tit. 17. §. 9,** ist eigentlich nicht von unserm Fall; sondern nur von dem Verkauf der jährlichen Zinsen oder Renten die Rede, und hier ein solches Paktum von Seiten des Käufers verbothen. Es wird hierin folgendes davon gesagt: „**und soll die Loskündigung der Güldverschreibung, auf Wiederkauf, wie Wiederkaufsrecht, bey dem Verkäufer, und nicht bey dem Käufer stehn.**“ — Diese Stelle können wir auf keine

ne

ne Weise, als einen Zweifelsgrund wider unsern Satz ansehn; denn was beym Verkauf der jährlichen Renten Rechtens ist, läßt sich nicht immer bey jedem andern Verkauf, als bey welchem so viel Wucher nicht kann getrieben werden, anwenden. In jenem Fall ist also nur ein solches Paktum, auf Seiten des Käufers unerlaubt a).

§. 3. Wenn nun die Gesetze unserer Meinung nicht entgegenstehn, warum sollte man denn nicht eben so gut beym Käufer als Verkäufer ein solches Paktum zu lassen? Etwas unerlaubtes enthält es doch nicht, und da nun ein jeder Vertrag, jede Bedingung und Verabredung, so lange die Gesetze sie nicht vor ungültig erklären, und sie nichts unerlaubtes enthalten; von den Contrahenten müssen erfüllt, und auf sie für allen Dingen bey Entscheidung einer Sache muß gesehn werden; da ferner dem Verkäufer der Wiederkauf ausdrücklich in den Gesetzen erlaubt ist: so müssen wir auch zugeben, daß dem Käufer eben dieses Recht, so lange keine bösliche Absicht zum Grunde liegt, müsse verstattet werden.

§. 4. Endlich ist es ja auch nichts ungewöhnliches, beym Verkauf ein pactum displicentiæ einzugehn, und ein solches Paktum ha-



a) *Carpzov* P. 3. const. 24. def. 16 seqq. et in Resp. lib. 4. resp. 48. n. 8. *Stryk* Caut. contr. Sect. 2. cap. 8. §. 17.

ben doch die Gesetze in verschiedenen Stellen ausdrücklich bestätigt b). Ist dieses also erlaubt, so muß auch dem Käufer frey stehn, ein solches Paktum entweder auf eine gewisse Zeit, oder auf immer einzugehn; da im Grunde kein wesentlicher Unterschied darunter anzutreffen ist. Es ist daher, wie uns scheint, auch kein Zweifel, daß nicht der Käufer, in den, im ersten §. angeführten beyden Fällen, berechtigt seyn sollte, den Kauf wieder aufzuheben, und von dem Verkäufer, nach zurückgegebener gekaufter Sache, das Kaufgeld wieder zu fordern c).

§. 5. Es ist ein solches Paktum auch nicht um deswillen für unerlaubt zu halten, weil beym Kauf, der Käufer gleich das Eigenthum der gekauften Sache erhält, und der Verkäufer sich das Kaufgeld unwiderrufbar eigen macht. Dies ist freilich die Natur und Eigenschaft eines Kaufs: allein, da es nichts ungewöhnliches und unerlaubtes ist, durch ein Paktum ein anders auszumachen; ja da selbst beym Wiederkauf dieses

b) *L. 6 ff. de resc. vend.* Si convenerit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex emto actio est. *L. 31. §. 22 ff. de aed. edict.* Si quid ita venierit, ut nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur, ea conventio rata habetur etc.

c) *Rauchbar* P. 1. qu. 19. *Carpzov* Lib. 5. resp. 27. *Berger* Lib. 1. R. 288. *Stryk* Caut. contr. Sect. 2. cap. 8. §. 58. et in Us. mod. Tit. de contrah. emt. §. 65.

ses geschieht, und deswegen doch derselbe erlaubt ist! so kann auch eben so gut in unserm Fall dieses verstattet werden. Zudem kann man auch nicht wol behaupten, daß man durch ein solches Paktum von dem Wesen eines Kaufs abweiche, da so wohl hier, wie beym Wiederkauf, der Käufer gleich das Eigenthum an der gekauften Sache erhält. — Das Kap. 4. *X. de pign.* steht hier auch nicht im Wege, denn hier ist nur eigentlich von einem wucherlichen Kontrakt die Rede, der mit unserm Fall gar nicht kann in Vergleichung gestellt werden. So bald aber ein unerlaubter Wucher bey einem solchen Paktum eintritt; so kann solches, nach den Vorschriften der Gesetze auch nie bestehn.

---

# Hundert und zwölfte Meditation.

## Der Vorkauf (jus retractus) findet auch bey Subhastationen statt.

### §. 1.

Wir haben schon in einigen Stellen angemerkt, daß an verschiedenen Orten, den Mitgliedern einer Familie, theils durch hergebrachte Observanz, theils durch besondere Landesgesetze und Statuten das Recht gegeben sey, die aus ihrer Familie verkaufte Güter zu retrahiren. An einem Orte, wo dieses Recht her-

gebracht war, verlangte nun auch einer aus der Familie dieses Recht bey geschehner Subhastation auszuüben, und hier nun entstand die Frage, in wie weit bey Subhastationen der Vorkauf statt habe?

§. 2. Jener Fall war folgender: Es wurde einem Schuldner auf Nachsuchen seines Gläubigers, ein Stück Land öffentlich subhastiret. Nach geschehner Subhastation aber, doch ehe jenes Land adjudiciret wurde, meldete sich einer aus der Familie, und verlangte, vor dem fremden Käufer, das Näherecht. — Dieser Käufer glaubte aus verschiedenen Gründen, daß er zur Abtretung jenes Landes, welches er einmal bey öffentlicher Subhastation erstanden hatte, nicht angehalten werden könne.

§. 3. Er führte an: es sey der Verwandte um deswillen hier nicht mit dem Vorkauf zuzulassen, weil der Verkauf jenes Landes öffentlich bekannt gemacht sey. Da nun der Retrahent bey der Subhastation nicht erschienen, auch auf dieses Land gar nicht gebothen: so habe er dadurch schon genug zu erkennen gegeben, daß er dieses Land nicht kaufen wolle. Ein solcher aber habe hiedurch auch dem Retrakt stillschweigend renunciirt. — Dieser Grund scheint Anfangs von Wichtigkeit zu seyn, weil der jetzige Retrahent so wohl den Verkauf gewußt hatte, als auch bey der Subhastation gar nicht erschienen war: allein er zerfällt doch bald, wenn

man

man nur erwegt, daß der Vorkauf durch die blosse Wissenschaft des Verkaufs noch gar nicht verloren gehe. Ist dieses nun eine ausgemachte Wahrheit, wie die größten Rechtsgelehrten dafür halten b): so muß so wohl bey Subhastationen, als bey jedem andern Verkauf, der Retrahent noch immer zugelassen werden, wenn er gleich den Verkauf gewust hat.

§. 4. Ferner glaubte der Käufer, wenn man bey Subhastationen den Vorkauf zuliesse; so würde ein jeder Käufer nicht nur furchtsam im Biethen werden, sondern zuletzt gänzlich davon abgeschreckt werden, und also dadurch der Preis der Güter sehr fallen. — Dieses ist aber in der That nicht zu befürchten, und solche Folgen hat der Retrakt nicht. Wäre dieses wahr, so müste ja auch bey jedem andern Kauf, dieses statt haben, und wer denkt wohl darauf, um deswillen auf eine Sache wohlfeiler zu biethen, weil solche retrahiret werden kann. Zudem hat jeder Käufer weiter keinen Schaden, als daß er die gekaufte Sache wieder herausgiebt, die Unkosten bekommt er ja ersetzt.

§. 5. Ausser den übrigen Gründen, die der Käufer noch anführte, die aber in der That noch weniger erheblich sind, bezog er sich auf verschiedene Rechtsgelehrte, die seiner Meinung ein-



b) *Mevius* P. 2. decis. 252. *Stryk* de Success. ab intest. Diss. 6. cap. 4. §. 35 sqq. ibiq. all.

einstimmig beypflichteten e). — Allein alle Gründe waren nicht vermögend, seinen Satz zu bestärken, und den Retrahenten hier abzuweisen. — Nicht nur steht an jenem Ort, wo dieser Rechtsstreit war, den Verwandten einer Familie das Näherecht und der Vorkauf zu, wenn eines von den Gütern, das in die Familie gehöret, daraus verkauft wird, und also muß es ihnen auch bey Subhastationen zustehn, weil diese doch weiter nichts als eine Art eines Verkaufs sind: sondern es kann auch dieser Satz richtig aus den Gesetzen hergeleitet werden. Es sagt die L. 16. ff. de reb. aut. iud. poss. *Cum bona veneunt debitoris, in comparationem extranei, et eius qui creditor, cognatusve sit, potior habetur creditor cognatusve etc.* Hier also wird der Verwandte und Gläubiger, einen fremden Käufer, auch beym öffentlichen Verkauf vorgezogen.

§. 6. Allein auch hier war noch nicht einmal dem Käufer, das subhastirte Land, adjudicirt, und also, so zu sagen, der Kauf noch nicht völlig zu Stande. Ist aber ein subhastirtes Gut, noch nicht dem Käufer, adjudiciret: so steht dem Verwandten des Verkäufers, auch noch immer, nach den Meinungen der größten Rechts-

e) *Matthaei* de auctionib. Lib. 1. cap. 16. n. 41. *Berlich* P. 2. concl. 39. n. 60. *Wissenbach* Disp. 36. §. 12. *Gronewegen* de legibus abrogatis Lib. 42. tit. 5. pag. 250.

Rechtsgelehrten der Vorkauf zu f). In dem vorgetragenen Fall, wurde daher auch der Käufer mit seinen Einreden, abgewiesen und schuldig erkannt, dem Retrahenten, als nächsten Verwandten des Verkäufers, das gekaufte Land, zu übergeben.

# Hundert und dreyzehnte Meditation.

Ein Testament, worin Kinder oder Eltern unrechtmäßig enterbet, oder stillschweigend übergangen sind, bleibt alsdenn bey Kräften, wenn demselben die clausula codicillaris beygefügt ist.

§. 1.

Soll die clausula codicillaris, die einem Testament angehängt ist, einige Wirkung haben, so wird vor allen Dingen erfordert, daß bey dem Testament wenigstens die Feierlichkeiten beobachtet sind, die zu einem Codicill erfordert werden. Ist dieses nicht, so hat jene Klausel



f) *Carpzov* P. 2. const. 31. def. 18. *Struv* ex 23. §. 61. *Boehmer* consult. et decis. Cons. 807. n. 31. *Berger* elect. discept. forens. pag. 1176. *Leyser* sp. 195. med. 7.

nicht die geringste Wirkung. — Wenn wir hier also annehmen, daß ein Testament worin Kinder oder Eltern unrechtmäßig enterbt, oder stillschweigend übergangen sind, nicht von den Eltern oder Kindern aus jener Ursach umgestossen werden könne, wenn demselben die clausula codicillaris beygefügt ist; so setzen wir hier also immer zum Voraus, daß bey diesem Testament wenigstens die Feierlichkeiten die zu einem Codicill sonst erfordert werden, in Acht genommen worden sind.

§. 2. Nach jener Voraussetzung ist es also richtig, daß ein solches Testament in so weit bestehn bleibe, und daß die Enterbten oder Uebergangenen ab Intestato zur Erbfolge kommen, und den im Testament benannten Erben nach Abzug ihres Pflichttheils und der Quartä Trebellianicä die Erbschaft abtreten, und herausgeben müssen.

Dieser Meinung stimmen nicht nur die größten Rechtsgelehrten bey g), sondern sie stimmt auch, mit dem Willen und der Absicht des Testirers

g) *Gail* Lib. 2. obſ. 114. n. 3. *Clarus* Lib. 3. Sentent. qu. 46. n. 1. *Carpzov* Lib. 6. reſp. 113. *Stryk* Diſſ. de clauſula codicillari. In Uſ. mod. tit. de codicill. §. 12. 13. et Caut. teſt. Cap. 23. n. 39. 40. *Boehmer* Conſult. et Deciſ. T. 1. P. 1. Conſ. 646. n. 31. 32. Conſ. 647. n. 36. 37. Conſ. 659. n. 10. *Wernher* P. 2. obſ. 414.

stirers vollkommen überein. Dieser will, daß im Fall sein Testament, als ein Testament nicht bestehn könne, es doch wenigstens als ein Codicill, oder auf was Art es seyn mag, gelten möge h).

Man sieht also jetzt nur darauf: ob ein solches Testament, als ein Codicill bestehn könne. Kann es das, und ist es dem Vater erlaubt, falls er kein Testament macht, die Kinder bis auf ihren Pflichttheil mit Vermächtnissen und Fedeicomissen zu beschweren, warum sollt es ihm denn hier nicht erlaubt seyn, da doch im Grund nicht der geringste Unterschied darunter ist?

§. 3. Allein auch dieses bey Seite gesetzt, so fehlt doch aller Grund, weswegen sich hier die Kinder oder Eltern, die unrechmäßig enterbt oder stillschweigend übergangen sind, beschweren könnten. Die Kinder nnd Eltern erhalten ja ihren Pflichttheil, wenn das Testament, als ein Codicill bey Kräften bleibt, ja sie bekommen auch überdem noch den vierten Theil von den Vermächtnissen, also leiden sie in der That nicht den geringsten Schaden. Haben sie aber ihren Pflichttheil, alsdenn haben sie auch kein Recht weiter sich zu beschweren, sondern sie müssen hiemit friedlich seyn.

§. 4. Unsere Meinung stimmt also, wie wir sehn, mit dem Willen und der Absicht des Testi=

h) L. 29. §. 1 ff. qui test. fac. poss. L. 24. §. 11. ff. de fideicom. libert.

Testirers vollkommen überein, und streitet auch gar nicht wider irgend eine Billigkeit. Deswegen ist es auch zu bewundern, daß verschiedene Rechtsgelehrte i) sie so sehr angefochten haben. Ihre Gründe werden aber bald zeigen, wie wenig ihre behauptete Meinung bestehn könne. — Sie glauben, daß ein Testament, in welchen Eltern oder Kinder unrechtmäßig enterbet wären, so angesehn werden müsse, als wenn es von einem seines Verstandes beraubten Menschen, gemacht sey. In diesem Fall aber habe die clausula codicillaris keine Wirkung k), da sie den Fehler der in der Person des Testirers liege, nicht gut machen könne. Eigentlich sey jene Klausel alsdenn nur von einiger Wirkung, wenn in Ansehung der Testamentsfeierlichkeiten sich ein Fehler befinde.

§. 5. Wenn wir gleich zugeben wollten, daß man heut zu Tage noch eine Beraubung des Verstandes bey einem solchen Testirer, der seine Eltern oder Kinder unrechtmäßig enterbt hat, fingiren müsse, nachdem schon das neuere Recht wegen der Enterbung gehörige Bestimmung getroffen hat: so können wir doch jenen Grund, den

i) *Manzius* de testamentis Tit. 10. qu. 24. *Fachineus* controv. iur. Lib. 4. cap. 11. *Carpzov.* P. 3. const. 9. def. 12. *Berlich* P. 3. concl. 15. n. 59. *Brunnemann* ad L. 13. ff. de inoff. testam. Strube rechtl. Bedenk. 1. Theil 87 Bedenk.

k) L. 13. ff. de inoff. testam. L. 36 ff. de legat. 3.

den man unsern Satz entgegen stellt, nicht als passend, und richtig annehmen. Es ist wahr, daß ein solcher Mensch, der nach den Gesetzen nicht das Recht hat, gewisse Verfügungen über sein Vermögen nach seinem Tode zu machen, durch die clausula codicillaris sein gemachtes Testament nicht aufhelfen; und daher ungeachtet jener Klausel das Testament eines Wahnwitzigen Unverständigen und eines andern unfähigen Menschen nicht bestehn könne: allein hier ist dies auch gar der Fall nicht. Die Gesetze fingiren in dem Fall, wenn Eltern oder Kinder unrechtmäßig enterbt sind, nur eine gewisse Beraubung des Verstandes, sie nehmen also nicht wirklich an, daß ein solcher Testirer nicht bey Verstande gewesen sey l). Jene Fiktion höret daher schon gleich auf, so bald von einem solchen Testirer jene Klausel dem letzten Willen angehängt ist; denn hiedurch giebt er doch zu erkennen, daß wenn sein gemachtes Testament nicht als ein Testament sollte bestehn können, es doch wenigstens die Kraft eines Codicills haben solle. Der Testirer will also immer, daß seine Eltern oder Kinder den Pflichttheil haben sollen, im Fall er ihnen zukommt. — Stimmt man dieses alles zusammen; so scheint auch in der That kein

l) *Pr. J. de inoff. testam.* -- hoc colore, quasi non sanae mentis fuerint, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis. *Nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est.*

kein Grund da zu seyn, warum man ein solches Testament, in so weit nämlich, daß die Kinder oder Eltern vorher den Pflichttheil und die Quarta Trebellianica abziehn, nicht sollte gelten lassen, da man doch wie bekannt so viel möglich immer den letzten Willen aufrecht erhalten, und allezeit eher für, als wider dessen Gültigkeit sprechen muß.

## Hundert und vierzehnte Meditation.

Ein Testament, worin die Kinder von ihren Eltern ohne Benennung einer Ursach enterbet sind, wird durch die querela nullitatis, nicht durch die querela inofficiosi umgestossen. Doch geht dieses nur blos auf die Erbeinsetzung, die andern vom Testirer gemachten Verfügungen bleiben bey Kräften.

§. 1.

Es ist bekannt, daß der Kaiser Justinian in der Novelle 115, als auch schon vorher, in Ansehung der Enterbungen, eine große Veränderung getroffen hat. Er will nicht mehr die Enterbung der Kinder der Willkühr des Vaters überlassen, sondern er befiehlt: daß erstens, nur blos aus gewissen, in dieser Novelle bestimmten

Ursa-

Ursachen, die Enterbung erlaubt seyn solle: zweytens, jedesmal vom Testirer die Ursach der Enterbung, namentlich ausgedrückt werde, und drittens der eingesetzte Erbe die Wahrheit der Enterbungsursach erweise.

Justinian schreibt in dieser Novelle also, eine gewisse Form vor, nach welcher die Enterbungen geschehen müssen, und diese muß daher jezt immer genau befolgt und in Acht genommen werden.

§. 2. Wenn nun Eltern wider diese Vorschrift handeln; wenn sie ihre Kinder ohne Benennung einer Ursach enterben, ob dann ein solches Testament null sey, oder ob es durch die querela inofficiosi müsse umgestoßen werden? Dies ist eine Frage die an sich so wohl streitig, als auch wichtig ist. — Wichtig ist sie, denn unter beyden Klagen, der querela nullitatis und inofficiosi, bleibt noch immer ein wichtiger Unterschied, wenn auch in diesem Fall gleich die Nullitäts Klage nicht das ganze Testament umstoßt. In Ansehung der Dauer sind beyde verschieden; die querela nullitatis dauret 30, die querela inofficiosi nur 5 Jahre. Jene geht auf die Erben, diese nicht. Wer jene Klage anstellt und sie verliert, der behält doch die übrigen ihm im Testament ausgesetzten Vermächtnisse; wer diese Klage aber verliert, der verliert auch die Vermächtnisse. Bey jener Klage muß der den Beweis der Nullität führen, der sie anstellt;

bey

bey dieser aber muß der Erbe darthun, daß der Enterbte aus einer wahren Ursach enterbt, oder kurz, daß die angeführte Enterbungsursach wahr sey m).

§. 3. Nachdem wir dieses vorausgesetzt haben, kommen wir zu dem Beweis unsers Satzes, daß nämlich ein solches Testament, in welchem Kinder von ihren Eltern ohne Benennung einer Ursach enterbt sind, durch die querela nullitatis müsse umgestoßen werden n).

Schon in den ältern Gesetzen, war es dem Vater befohlen, seine leiblichen noch nicht emancipirten Kinder, entweder zu Erben einzusetzen, oder namentlich zu enterben: geschah dieses nicht, so war ein solches Testament null o). Die Enterbung gehört daher eben so wohl wie die Erbeinsetzung zum Wesen und Hauptstück eines Testaments. Ist diese daher vernachläßigt, so muß ein solches Testament eben so wohl null und nichtig seyn, als wenn eine Erbeinsetzung darin fehlet. **Justinian** hat nun einmal in dem dritten

m) *Ludovici* Uſ. Pract. diſtinct. Lib. 5. tit. 2. diſt. 1.

n) Unſerer Meinung ſind: *Clarus* Sent. §. teſtamentum qu. 40. *Hahn* ad Weſenb. Tit. de inoff. teſt. n. 7. *Schilter* ex 38. §. 54. *Struv* ex 10. §. 15. ex 32. §. 32. *Stryk* caut. Teſtam. cap. 19. §. 44. *Coccejii* Jus contr. Tit. de inoff. teſtam. qu. 7.

o) Pr. J. de exh. liber. L. 7. 30 ff. de liber. et poſtum.

ten Kapitel, der 115ten Novelle, gewisse Ursachen der Enterbung angegeben, und dabey festgesetzt, daß allemal im Testament, die Ursach, weswegen Eltern ihre Kinder enterben wollen, benannt werden solle. Diese vorgeschriebene Form müssen sie daher schlechterdings bey ihren Testamenten befolgen; sonst ist dieses Testament, wie jene andere Handlung, die nicht nach Vorschrift der Gesetze geschieht null und nichtig p). Ist dieses aber, so folgt auch, daß ein solches Testament durch die querela nullitatis müsse angefochten werden.

§. 4. Wenn also die Enterbung eben so gut, wie die Erbeinsetzung zu dem Hauptstück und dem Wesen eines Testaments gehört, wie gewiß jeder zugeben muß, so ist auch die Folge richtig: daß so wie ein Testament null ist, wenn in Ansehung der Erbeinsetzung ein Fehler begangen worden, eben so auch es null und nichtig seyn müsse, wenn die Enterbung nicht nach den Gesetzen eingerichtet ist. — Allein dies ist nicht der einzige Grund für unsern Satz. Selbst der Begrif den man mit der querela inofficiosi verbindet, bestätigt ihn. Denn wir halten sie für diejenige Klage, die die Kinder in dem Fall anstellen, wenn sie aus einer in der Novelle angegebenen Ursach enterbt sind, die aber falsch ist. Hier giebt also das enterbte Kind vor, daß es wegen

p) L. 5. C. de legib.

wegen eines nicht begangenen Fehlers, der im Testament fälschlich angegeben worden, enterbt sey. Wie kann es aber dieses vorgeben, wenn im Testament keine Ursach angegeben ist? Das enterbte Kind hat sich daher nur blos darüber zu beschweren, daß es ohne irgend eine Ursach enterbt sey, und deswegen kann es auch immer ein Testament als null und nichtig anfechten.

§. 5. Ferner läßt sich die Richtigkeit unsers Satzes noch daher erweisen: weil in dem Fall ein Kind, wenn es die querela inofficiosi anstellt, diese Klage immer verliert, falls der Erbe erweisen kann, daß es aus einer rechtmäßigen Ursach, die zugleich wahr ist, enterbt ist. Dieses fällt aber in unserm Fall, wo ein Kind ohne Benennung einer Ursach enterbt ist, weg; denn hier kann das Kind nie die Klage verlieren, wenn auch gleich der Erbe erweisen wollte und könnte, daß das Kind die Enterbung verdient habe.

§. 6. Wir wollen uns mit Anführung anderer Gründe nicht länger verweilen; sondern nur noch kurz diejenigen durchnehmen, welche von der Gegenseite q) für ihre Meinung gemeiniglich pflegen angeführt zu werden. — Sie sagen vor der Novelle 115 sey ein solches Testament, worin jemand ohne Benennung einer Ursach

q) *Perez* ad Cod. Tit. de liber. præt. n. 13. *Donellus* Lib. 6. cap. 13. *Vinnius* Lib. 2. cap. 21. *Fachineus* Lib. 4. cap. 9.

fach enterbt worden, inofficiosum gewesen. Wollte man also behaupten, daß nach der Novelle ein solches Testament null sey, so müßte man doch aus der Novelle allein, den Beweis hiefür hernehmen. In dieser Novelle sey aber von Justinian in Absicht der querela inofficiosi das alte Recht nicht geändert. Er habe nur blos darin, sagen sie, die Ursachen der Enterbung festgesezt, nicht aber in Ansehung der Solennitäten etwas verordnet.

§. 7. In den ältern Gesezen waren, wie bekannt, noch keine gewisse Ursachen der Enterbung festgesezt, sondern diese wurden erst, von Justinian in der Novelle 115 bestimmt. Nach diesem Gesez müssen wir uns also jezt vor allen andern richten, und daraus die Rechtmäßigkeit der Enterbung bestimmen. — Justinian sagt zu dem Ende auch im dritten Kapitel der angezogenen Novelle, daß es keinem mehr erlaubt seyn solle, seine Kinder ꝛc. zu übergehn, oder zu enterben, ausser wenn sie die Ursachen hiezu zugleich mit angegeben hätten. Wenn dieses nicht geschehn sey, alsdenn sagt er am Ende: *nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire etc.*

Hier werden also nicht blos die Ursachen der Enterbung angeführt, sondern es wird noch

nothwendig erfordert, daß die Kinder mit Benennung der Ursache sollen enterbt werden. Dies gehöret daher allerdings zu einer Solennität, da auf die Unterlassung derselben die Nullität gesetzt wird; und ist deswegen eben so gut ein Hauptstück eines Testaments, als die Erbeinsetzung.

§. 8. Allein sollten wohl die in diesem Kapitel befindlichen Ausdrücke, *evacuato rescissum*, nicht vielmehr anzeigen, daß hier nur das Testament durch die querela inofficiosi könnte rescindirt werden? Wir glauben dieses nicht. Denn die Bedeutung dieser Ausdrücke kann nicht in einem so eingeschränkten Verstande genommen werden, da sie auch, selbst in unsern Gesetzen, eben so wohl in dem Fall gebraucht sind, wenn etwas ipso jure null ist r). Sie zeigen also nur blos an: daß hier die Erbeinsetzung nicht bestehn könne, und sind daher nicht allein auf die querela inofficiosi einzuschränken.

§. 9. Die übrigen Einwürfe übergehn wir, weil sie an und für sich nicht so wichtig, auch schon von andern hinlänglich beantwortet sind.

Es frägt sich hier nun jezt noch: ob ein solches Testament durch die querela nullitatis völlig umgestoßen werde, oder ob die übrigen Vermächtnisse bey Kräften bleiben? Letzteres

r) Tot. Tit. ff. quae sent. sine appell. resc. *Stryk* Us. mod. Tit. de inoff. testam. §. 2.

teres glauben wir, nach dem Sinn der Novelle behaupten zu müssen. Sie redet nicht allein blos von der Erbeinsetzung, sondern sie giebt dieses selbst durch die letzten Worte des dritten Kapitels: *Si vero contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa, aut libertates, aut tutorum dationes relinqui, vel quaelibet alia capitula concessa regibus nominari, ea omnia jubemus adimpleri, et dari illis, quibus fuerint derelicta, et tantum in hoc non rescissum obtineat testamentum* — deutlich zu verstehn; welche zum Beweis dieses Satzes immer hinreichend sind s).

# Hundert und funfzehnte Meditation.

## Der Mutter braucht der Pflichttheil nicht hinterlassen zu werden, wenn der Vater pupillariter seinen Kindern substituirt.

§. 1.

Dem Vater steht das Recht zu, den in seiner Gewalt sich befindenden unmündigen Kindern, auf den Fall, wenn sie in ihrer Unmün-



s) *Cocceii* l. c. qu. 8. *Stryk* Us. Mod. Tit. de inoff test. §. 6. et Caut. contr. l. c. §. 46.

digkeit sterben sollten, ein Testament zu machen, und darin einen Erben zu ernennen; und dies nennen wir die Substitutio pupillaris. Bey dieser Substitution nun, hat es der Vater nicht nöthig, der Mutter dieses Kindes, den ihr sonst von ihren Kindern gebührenden Pflichttheil zu hinterlassen t), wenigstens ist ihm im römischen und geistlichen Recht die Verbindlichkeit hiezu nirgends auferlegt, vielmehr ist er völlig von dieser Verbindlichkeit frey gesprochen.

§. 2. Dem ersten Anschein sollte es zwar scheinen, als wenn die diesseitige Meinung offenbar wider die Gesetze streite, nach welchen auch Kinder schuldig sind, ihrer Mutter den Pflichttheil zu hinterlassen, wenn sie über ihre Güter nach ihrem Leben disponiren wollen. Könnten wir mit Grund annehmen, daß die Kinder in diesem Fall, selbst ein Testament machten: so würden sie auch schuldig seyn, ihrer Mutter den Pflichttheil zu lassen, allein dies geschieht bey der Substitutio pupillaris nicht, da der Vater hier nicht in Namen seines Kindes das Testament macht, sondern dieses vermöge der väterli-

chen

t) *Hartm. Pistor* obs. 30. et obs. 171. n. 2. *Perez* de impub. et al. substit. n. 26. *Carpzov* P. 3. const. 8. def. 1. seqq. *Struv* ex. 10. §. 39. *Stryk* Us. mod. Tit. de inoff. testam. §. 15. et in Caut. testam. Cap. 18. Memb. 2. §. 16, 17. *Cocceii* jus contr. Tit. de inoff. test. qu. 20. *Heister* de pupillariter substituto matrem excludente. *Puffendorf* Tomi 3. obs. 117.

chen Gewalt u), und das seiner Person zustehenden Rechts thut. Macht aber der Vater hier ein Testament: so kann die Mutter auch den ihr sonst zukommenden Pflichttheil nicht verlangen; einmal, weil der Mann seiner Frau keinen Pflichttheil schuldig ist, und fürs andere, weil das Kind hier selbst keine Disposition über sein Vermögen gemacht hat, und daher in diesem Fall das Testament, nicht als pflichtwidriges kann angesehn werden.

§. 3. Allein wenn dieser Grund richtig seyn sollte, würde alsdenn nicht offenbar wider die bekannte Rechtsregel angestoßen: daß niemand dasjenige was er selbst nicht thun darf, auch nicht durch einen andern darf thun lassen v)? Also wenn der Sohn seiner Mutter den Pflichttheil ohne gesetzmäßige Ursach nicht nehmen darf, es auch der Vater für den Sohn nicht thun dürfe? — Allein wir glauben, daß unbeschadet dieser Rechtsregel, unser Satz bestehn könne. Wir haben schon bereits oben erinnert, daß hier der Vater nicht in Namen seines Sohnes ein Testament mache; sondern daß er dieses vermöge der seiner Person zustehenden Rechte, und der väterlichen Gewalt thue. Hier findet also jene Rechtsregel keine Anwendung, wenigsten so lange nicht, als noch nicht erwiesen ist, daß hier in Namen des Sohns das Testament gemacht sey.



u) Pr. j. de pupill. subst. L. 2. pr. ff. de vulg. et pupill. subst.

v) Cap. 67. de reg. iur. 6.

seyn. — Doch wir brauchen uns, bey Widerlegung dieses Einwurfs so lange nicht zu verweilen; wir wollen lieber die Gesetze selbst ansehn, die die Richtigkeit unsers Satzes noch mehr ausser Zweifel setzen werden.

§. 4. Im römischen Recht finden wir eine Stelle, welche diese Streitfrage sehr deutlich entscheidet, und dies ist die *L. 8. §. 5. ff. de inoff. test.* Es heißt darin so: *Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit: quia pater ei hoc fecit, et ita Papinianus respondit.* Hier kann also die Mutter das Testament nicht als pflichtwidrig anfechten, weil es der Vater gemacht hat.

Diese Stelle ist, wie jeder bald sehen muß, so deutlich, daß sie zur Entscheidung dieser Streitfrage hinlänglich seyn könnte, wenn wir auch wirklich, weiter keine Gründe für unsere Meinung anzuführen im Stande wären: Allein ehe wir hierin weiter gehn, müssen wir vorher noch einige Zweifel heben, die man wider dieses Gesetz macht.

§. 5. Diejenigen Rechtsgelehrten, welche der diesseitigen Meinung entgegen sind w), machen

w) *Richter* P. 1. dec. 45. *Menochius* de praesumt. lib. 4. Praes. 38. *Finhelthaus* Obs. 29. *Brunnemann* ad L. 8. §. 5. ff. de inoff. test. *Westenberg* de portione legitimae Cap. 3. §. 16. *Schilter* ex. 14. §. 32 seqq.

chen verschiedene Einwürfe wider dieses Gesetz. Sie sagen: obiges Gesetz wolle nichts weiter als daß der Mutter die querela inofficiosi, wider ein solches Testament nicht zustehe. Dies sey auch richtig, weil die Mutter dieses Testament, das der Sohn nicht gemacht habe, nicht als pflichtwidrig anfechten könnte, da er wider seine Pflichten nicht gehandelt habe. Hieraus folge aber noch gar nicht, daß ihr deswegen der Pflichttheil nicht gebühre, denn diesen könne sie noch allemal per condictionem ex lege fordern. Ueberdem könne man auch nicht immer schliessen: wem die querela inofficiosi zustehe, dem gebühre auch der Pflichttheil, und so umgekehrt: da den Geschwistern die querela inofficiosi zustehe, wenn ihnen eine ehrlose Person vorgezogen sey, und diese doch einen Pflichttheil von ihrer Geschwister Güter nicht verlangen könnten.

§. 6. Die Gegner welche diesen Einwurf uns entgegensetzen, suchen daraus zu erweisen, daß man hier der Mutter, ob ihr gleich die querela officiosi nicht gegeben sey, dennoch die condictio ex lege nicht absagen könne. Allein dieser Einwurf ist so wichtig nicht, wie auch selbst einige von den Gegnern schon eingesehn haben.

Sollte der Mutter die condictio ex lege hier zustehn: so müsse sie auch die querela officiosi anstellen können, weil sie an dessen Stelle eintritt. Aus welchem Gesetz wollte sie auch die

Condiction hernehmen? Die neuern Gesetze im Codex unter dem Titel: *de inoff. testam.* und die Novelle reden nur blos immer von solchen Personen, denen der Pflichttheil muß hinterlassen werden. Dies fällt aber hier weg, da der Vater das Testament gemacht hat, und dieses seiner Frau, den Pflichttheil zu hinterlassen, nicht nöthig hat. — Es ist daher die Behauptung der Gegner, auch nicht gegründet, daß man nämlich nicht von der querela inofficiosi, auf den Pflichttheil einen Schluß machen könne: denn so lange jemanden der Pflichttheil nicht gebühret; so lange hat er auch nicht die querela inofficiosi; da diese blos wegen des nicht erhaltenen Pflichttheils angestellt wird. Das Beispiel von Geschwistern, daß diesen doch der Pflichttheil nicht zustehe, ist unserm Satz auch nicht zuwider. Wenn Geschwistern der Pflichttheil nicht gebühret, so haben sie auch die querela inofficiosi nicht; dies ist doch immer richtig. Ist ihnen nun eine ehrlose Person vorgezogen, so gebühret ihnen der Pflichttheil: also auch die querela. Eins folgt, wie man sieht, also immer aus dem andern.

§. 7. Ausser jenen Gesetz, woraus der Grund für unsere Meinung genommen ist, finden wir noch eines im geistlichen Recht, welches fast noch bestimmter für uns redet. Am Ende des ersten Kapitels unter dem Titel *de testamentis et ult. voluntat. 6.* heißt es: *Licet autem filius testamento suo, matrem portione iure naturae*

*turae debita*, *privare non possit: pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest: nam testamentum huiusmodi pupillare paternim, vel paterni pars potius est censendum.* Hier wird nun ausdrücklich gesagt: daß der Vater, bey der Substitutio pupillaris, der Mutter den Pflichttheil nicht zu hinterlassen nöthig habe. Obiges Gesetz wird also durch dieses völlig bestätigt.

§. 8. Jenes Gesetz, soll nach der Meinung der Gegner um deswillen nicht bestehn können, weil solches aus dem ältern Recht der Pandekten, nämlich aus der oben angeführten *L. 8. §. 5. ff. de inoff. test.* hergenommen, und dieses Gesetz schon durch die neuern Verordnungen des Codex, und der Novelle aufgehoben seyn. — Wollte man auch zugeben, daß jene Stelle des geistlichen Rechts, ihren Ursprung aus dem angeführten Gesetz habe, wie doch noch mit nichts, was Grund haben könnte, erwiesen ist: so würde auch folgen, daß jenes Gesetz nämlich die *L. 8. §. 5. ff. de inoff. test.* nunmehr auch nicht mehr gelte, und daß in den neuern Gesetzen ein anders verordnet sey.

Dies ist aber falsch, denn die neuern Gesetze, worauf sich die Gegner beziehn x), können nur auf solche Personen angewendet werden, denen

x) L. 30, 32, 36. §. 1. C. de inoff. test. Nov. 115. Cap. 3.

nen der Pflichttheil gebührt, dieser aber kommt der Mutter nicht zu, wenn der Vater seinem Sohn pupillariter substituirt. Dieser Fall ist also in den neuern Gesetzen gar nicht enthalten und entschieden, und da dieses nicht ist; so können wir auch nicht nach Willkühr annehmen, daß dieses Gesetz, welches in den Pandekten enthalten ist, aufgehoben sey, und die angeführte Stelle aus dem geistlichen Recht mit dieser nicht mehr bestehn könne.

§. 9. Endlich wird noch in andern gesetzlichen Stellen, woraus wir nur blos die *L. 8. C. de impub. et al. subst.* nehmen wollen, unsere Meinung bestätigt. Hier wird von dem Pflichttheil der Mutter eben so wenig etwas erwehnt, sondern diejenigen als rechtmäßige Erben, des Kindes anzusehn, die der Vater bestimmt hat. — Dies wird, wie uns dünkt, zum Beweis der diesseitigen Meinung hinreichend seyn, und genug zeigen, daß die Einwürfe, die zugleich als Gründe für die Gegenseitige Meinung gebraucht werden, von keiner gar zu grossen Erheblichkeit sind. Es geschieht auch der Mutter, durch dem Vater, wenn er vermöge des ihm zustehenden Rechts seinem Sohn pupillariter substituirt, kein Unrecht, und ist also der Einwurf unrichtig: als wenn hier, das Privilegium, das dem Vater gegeben, zum Nachtheil der Mutter gereiche.

Braucht der Vater seiner Frau keinen Pflichttheil zu hinterlassen; so begeht er auch kein Unrecht,

recht, wenn er über alle seine Güter pupillariter substituirt; sondern er bedient sich nur der Rechte, die ihm hier die Gesetze gegeben. Sind diese nun auch gleich oft etwas hart und unbillig; so müssen wir sie doch befolgen, da sie einmal angenommen sind.

# Hundert und sechszehnte Meditation.

Der Vater kann ohne Bestimmung einer gewissen Quantität, auf eine gültige Weise einen Brautschatz versprechen, aber nicht eine fremde Person.

§. 1.

Macht sich jemand anders, als der Vater, verbindlich, einer fremden Person bey ihrer Verheirathung einen Brautschatz zu geben, so muß dieser denselben vorher ordentlich bestimmen, widrigenfalls kann er, wenn das Versprechen ganz unbestimmt geschehn ist, zur Ausstattung nicht angehalten werden y). Hat der Vater

y) *Perez* ad C. Tit. de dot. prom. n. 4. *Struv* ex. 30. §. 6. *Cocceii* jus contr. Tit. de iure dot. qu. 5. *Stryk* de iure mariti in bonis uxoris Cap. 2. §. 5. seqq.

ter aber ein solches unbestimmtes Versprechen von sich gegeben; so ist dieser allerdings daran gebunden, und zu einer Ausstattung verpflichtet.

§. 2. Die Gesetze haben wie bekannt, dem Vater vor allen andern die Verbindlichkeit auferlegt, seine Töchter auszustatten; dieser ist dazu also schon verbunden, wenn er auch gleich die Ausstattung nicht wirklich versprochen hat. Mit einer fremden Person verhält sich dieses aber ganz anders, denn bey dieser beruht eine übernommene Ausstattung blos in dem guten Willen des Gebers, also in keiner gesetzmäßigen Verbindlichkeit. Daraus folgt nun, daß in Absicht des Vaters und einer fremden Person in diesem Fall immer ein großer Unterschied eintreten müsse, und daß man von jenem auf diese nie einen richtigen Schluß machen könne.

§. 3. Dem Vater sprechen selbst unsere Gesetze nicht von der Verbindlichkeit der Ausstattung frey, wenn auch gleich von ihm keine gewisse Quantität versprochen und bestimmt ist. Hier kann die Obrigkeit die gehörige Bestimmung treffen, die nach den Vermögensumständen des Vaters, nach der Anzahl seiner Kinder, und dem Ansehn und Stande seines Schwiegersohns muß eingerichtet werden z). Die *L. 69. §. 4. ff. de iure dot.* bestätigt dieses deutlich.

Sie

z) L. 43. ff. de legat. 3. *Leyser* sp. 303. med. 13. et sp. 434. med. 16.

Sie sagt: *Gener a socero dotem, arbitratu soceri certo die dari, non demonstrata re, vel quantitate stipulatus fuerat, arbitrio quoque detracto, stipulationem valere placuit: nec videri simile, quod, fundo non demonstrato, nullum esse legatum, vel stipulationem fundi constaret, cum inter modum constituendae datis, et corpus ignotum, differentia magna sit: dotis enim quantitas pro modo facultatum patris, et dignitate mariti constitui potest.* In diesem Gesetz wird also nur blos des Vaters und keiner fremden Person erwehnt.

§. 4. Diejenigen Rechtsgelehrten, welche hier von uns abweichen und behaupten, daß eine von einer fremden Person gethanen Versprechung eines Brautschatzes, ohne Bestimmung einer gewissen Quantität, auch von Gültigkeit sey a) müssen zwar zugeben; daß obiges Gesetz blos von einem Vater rede: sie glauben aber, daß sich selbiges eben so gut, auf eine fremde Person anwenden lasse.

Allein dies kann man nicht immer als wahr annehmen; denn ein Vater ist zur Ausstattung immer verbunden, wenn er sie auch gleich nicht versprochen hat; eine fremde Person aber gar nicht. Bey jenem nimmt man alsdann auf seine Vermögensumstände, Anzahl der Kinder u. s. w.

Rück=

a) *Bachov* ad Wesenbec Tit. de iure dot. n. 5. *Walch* Introd. in controv. iur. Sect. 1. Cap. 2. Membr. 1. §. 17.

Rücksicht: bey dieser aber, haben die Gesetze hievon nichts bestimmt. Dort ist also schon wirklich von den Gesetzen eine Bestimmung der Quantität getroffen, ob gleich das Versprechen ohne die Quantität des Brautschatzes zu bestimmen, geschehn ist; hier aber ist dieses alles anders.

Sind dies nicht schon Verschiedenheiten genug unter beyden Fällen, daß man daher nicht füglich jenes Gesetz so weit ausdehnen darf?

§. 5. Allein wir brauchen hierauf nicht mal zu sehn, und so weit unsere Gründe, um den gegenseitigen Satz zu widerlegen, herzuholen, da selbst in unsern Gesetzen die gegenseitige Meinung misbilligt wird. Wir wollen zu dem Ende das Gesetz selbst einrücken, und dies allein wird zum Beweis unsers Satzes hinlänglich seyn. Die *L. 1. C. de dot. promiss.* redet hievon so: *Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi, nec praestita sit, cum neque species ulla, neque quantitas promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum: quod ea quae nubebat, dotem dare promiserit.* Hier kann also, wie das Gesetz gleich Anfangs deutlich sagt, der Brautschatz nicht eingeklagt werden, wenn er ohne Bestimmung einer gewissen Quantität versprochen ist.

§. 6. Dies Gesetz redet, wie wir sehn, so bestimmt und deutlich von unserm Fall; daß das dritte

dritte Gesetz desselben Titels ihm gar nicht entgegengesetzt werden kann. Es ist darin zwar auch von einem Brautschatz die Rede, der ohne Bestimmung einer Quantität versprochen ist: allein es wird doch noch dabey gesetzt *quodcunque arbitratus fuerit.* Hier wird also die Bestimmung dem Gutdünken desjenigen der ihn versprochen oder dem Ausspruch eines Dritten überlassen, und daher ist die Quantität auch eigentlich nicht mehr ungewiß. In diesem Fall aber ist ein Versprechen, was so geschieht, immer gültig, und kann daher ein solcher versprochener Brautschatz auch eingeklagt werden b). Wäre jener Zusatz dem Versprechen nicht beygefügt, so würde alsdenn auch immer, die Entscheidung hier eben so ausgefallen seyn, wie in dem ersten Gesetz dieses Titels: allein da beyde in diesen Gesetzen vorgetragene Fälle verschieden sind, so muste auch nothwendig beyder Entscheidung anders ausfallen.

Hundert

b) L. 3. *C. de dot. prom.* Si cum ea quæ tibi matrimonio copulata est, nuberet, is, cuius meministi, *dotem tibi non addita quantitate, sed quodcunque arbitratus fuerit, pro ea daturum* se rite promisit, et interpositae stipulationis fidem non exhibet: competentibus actionibus usus, ad repromissi emolumentum iure iudiciorum pervenies. *Videtur enim boni viri arbitrium stipulationi insertum esse.*

# Hundert und siebenzehnte Meditation.

## Die Wahrheit einer vorgeworfenen Injurie hebt die Strafe derselben nicht auf.

§. 1.

Ob die Wahrheit einer vorgeworfnen Injurie die Strafe derselben völlig aufhebe? Diese Frage läßt sich weder allgemein bejahen noch verneinen. Indessen aber glauben wir doch, immer zur Regel annehmen zu können, daß die **Wahrheit einer Injurie die Strafe derselben nicht aufhebe** c), ob sie selbige gleich allemal mildert d). Es glaubt zwar Leyser e), daß man hier vielmehr die Regel, die Wahrheit der Injurie hebt die Strafe derselben auf, fest setzen müsse: allein wir können ihm hierin nicht beypflichten. — Durch eine Injurie verstehen wir alles das, was zur Schmälerung des guten Namens eines

c) *Struv* ex. 48. §. 55. *Theodorici* colleg. crim. pract. cap. 2. aph. 21. n. 27. *Cocceji* J. contr. Tit. de iniur. qu. 4. *Thomasius* de act. iniur. §. 25. *Meister* princ. iur. crim. Tit. de iniur. §. 146. *Koch* elem. iur. crim. Tit. de iniur. §. 372.

d) *Mevius* part. 5. dic. 389. n. 11. *Leyser* spec. 551. med. 2.

e) Spec. 551. med. 1.

eines andern unternommen wird. Leget man diesen Begrif zum Grunde, gedenket man sich hiebey die Fälle, wo dem andern etwas nachtheiliges, ob gleich wahres, vorgeworfen wird; so wird man auch gröstentheils finden, daß solches nur in der Absicht, um den guten Namen eines andern zu schaden, unternommen sey. Ist aber das, so qualificiret sich solches immer zu einer Injurie, mithin bleibt auch die von uns angenommene Regel gegründet.

§. 2. Um jedoch die Wahrheit unsers Satzes desto mehr zu befestigen, wollen wir zuerst denselben zu beweisen suchen, nachher aber auch die Ausnahme desselben bekannt machen.

Ausser dem was wir hiervon in dem vorhergehenden Paragraph gesagt haben, können wir uns hier nur auf die ganz allgemeinen Ausdrücke der Gesetze f), nach welchen alles das, was zur Beschimpfung eines andern vorgenommen ist, zur Injurie gerechnet wird, berufen. Die Gesetze reden nicht nur ohne den Unterschied, ob die vorgeworfne Injurie wahr oder falsch sey, zu machen, sondern selbst die peinliche Gerichtsordnung g) verwirft den gemachten Unterschied selbst, wenn sie sagt: **und ob sich auch gleich wohl die aufgelegte Schmach der zugemessen**



f) L. 3. L. 5. L. 10. C. de iniur. *L. un. C. de fam. libel.*

g) Art. 110.

That in der Wahrheit erfünde, soll dennoch der Ausrufer solcher Schmach, nach Vermög der Rechte und Ermessung des Richters gestraft werden.

§. 3. Aus diesen Gründen können wir also den von den meisten Rechtsgelehrten h) bey Beantwortung dieser Frage gemachten Unterschied: ob nämlich dem Staat daran gelegen sey, das vorgeworfne Verbrechen zu wissen oder nicht, nicht gelten lassen.

Der Grund dieses Unterschieds suchet man in der *L. 18. ff. de iniur.* zu finden. Das Gesetz selbst lautet so: *eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum aequum, ob eam rem condemnari, peccata enim nocentium nota esse, et oportere et expedire.* Allein so generell dieses Gesetz gleich redet, so müssen wir doch solches nur von einem solchen Fall verstehen, wenn jemand einem andern ein noch nicht bekanntes Verbrechen, welches derselbe begangen hat, vorwirft, jener auch das Verbrechen beweisen, oder der Obrigkeit hinlängliche Anzeigen an die Hand geben, und endlich schwören kann, daß er nicht in der Absicht, um den andern zu injuriiren, ihm das Verbrechen vorgeworfen habe.

§. 4.

h) *Clarus* in recept. sent. Lib. 5. §. iniuria n. 15. *Guil.* lib. 2. obs. 99. *Fachineus* lib. 9. cap. 10. *Berlich* concl. pract. concl. 65. n. 50. *Carpzov* lib. 2. resp. 61. et in pr. rer. crim. qu. 96. n. 74.

§. 4. Dies ist zugleich die Ausnahme, welche wir von der angenommenen Regel machen. Wenn daher jemand einem andern körperliche Fehler i) z. B. Blindheit oder Taubheit; oder solche Vergehungen oder Verbrechen, weswegen einer schon bestraft ist k), z. B. Hurerey, Diebstahl vorwirft, so macht er sich allemal einer Injurie schuldig. — So muß uns auch endlich der vorhin angeführte Unterschied als unrichtig vorkommen, denn so bald jemand einem andern ein unbekanntes Verbrechen vorwirft, in der Absicht um ihm zu injuriiren, so bald ist auch die Injurie da l). Hat aber jemand die Absicht unbekannte Verbrechen bekannt zu machen, so fehlen ihm auch die Mittel nicht, solches auf eine erlaubte Art zu thun, und es der Obrigkeit gehörig anzuzeigen. Unterläßt er das, so zeigt er wenigstens eine übele Absicht, den andern zu beschimpfen an, und muß deswegen, falls der andere wider ihn klagen sollte, sich mittelst Eides reinigen, daß er die Absicht zu injuriiren nicht gehabt habe.

§. 5. Die sonst noch von andern Rechtsgelehrte gemachte Unterschiede lassen wir hier als weniger bedeudent vorbey. Ein jeder wird leicht einsehen, der nur erwägen will, daß überhaupt



i) *Carpzov* qu. 96. n. 34. *Stryk* de iure sensuum diss. 2. cap. 5. n. 7.

k) *Carpzov* l. c. n. 78.

l) *Mevius* p. 3. dic. 357. et part. 5. dic. 389. *Stryk* U. M. Tit. de iniur. §. 15.

bey Injurien es nicht auf die Wahrheit und Unwahrheit derselben, sondern nur auf die Absicht, weswegen dieselbe jemand zugefügt ist, ankomme, daß die Regel, die Wahrheit einer zugefügten Injurie hebt die Strafe nicht auf, so lange wahr und gegründet bleibe, bis der Injuriant zeigen kann, daß er die Absicht zu injuriiren nicht gehabt habe.

# Hundert und achtzehnte Meditation.

Zu einem Pasquill wird nicht erfordert, daß der Verfasser desselben sich nicht genannt habe.

§. 1.

Unter einem Paspuill verstehen wir eine jede Schrift, worin einem andern ein entehrendes Verbrechen vorgeworfen wird. Aber der Begrif derselben schränkt sich nicht blos auf eine Schrift im engern Verstand ein, sondern auch jede Gedichte, Bücher, Gemählde, Abgüsse, Schnitzereien u. s. w., wodurch jemanden entehrende Verbrechen vorgerückt werden, sind alle unter dem Namen eines Pasquills mit begriffen m).

Uebri=

m) P. O. vom Jahr 1548. Tit. 34. §. 2.

Uebrigens kommt es bey einem Pasquill nicht darauf an, ob derjenige auf dem solches gemacht worden, ausdrücklich genannt sey, oder nicht, sondern es ist hinreichend, wenn er nur so bezeichnet ist, daß man ihn von andern unterscheiden kann.

§. 2. Allein ist dasjenige nur blos für ein Pasquill zu achten, wenn sich der Verfasser desselben nicht genannt hat? oder bleibt es eben so gut ein Pasquill, der Verfasser mag sich entweder genannt haben, oder nicht?

Viele Rechtsgelehrte n) behaupten das erstere, verschiedne o) aber halten eine jede Schrift, worin jemand eines entehrenden Verbrechens beschuldiget wird, für ein Pasquill, der Verfasser mag sich nun entweder genannt haben oder nicht.



n) *Carpzov* part. 4. conſt. 44. def. 3. n. 5. et in pr. crim. qu. 98. n. 28. *Finkelthaus* obſ. 38. *Piſtor* obſ. 187. n. 4. *Remus* ad art. 110. *Cocceji* J. C. Tit. de iniur. qu. 31. *Claſſenius* ad art. 110. *Kreſs* ad eund. art. §. 1. n. 4. *Ludovici* ad eund. art. *Leyſer* ſpec. 552. med. 1.

o) *Theodoricus* colleg. crim. cap. 2. aph. 16. n. 2. *Hahn* ad Weſenb. Tit. de iniur. n. 19. *Berlich* part. 5. concl. 67. *Damhouder* pr. crim. cap. 138. n. 3. *Struv* ex 48. th. 67. *Stephani* ad art. 110. *Zieriz* ad art. 110. *Boehmer* conſ. et reſp. Tom. 2. dec. 1100. n. 15. *Meiſter* princ. iur. crim. Tit. de iniur. §. 149. *Koch* inſt. iur. crim. Tit. de libello fam. §. 386. *de Boehmer* ad art. 110. §. 6.

Wir wollen zuerst die Gründe für die erstere Meinung kennen lernen, nachher aber auch die Ursachen anführen, weswegen wir derselben nicht beypflichten.

§. 3. Die Gründe der gegenseitigen Meinung liegen theils in dem römischen Recht, theils in der peinlichen Gerichtsordnung.

Um das Gewicht dieser Gründe desto besser einzusehen, wollen wir die Gesetze selbst, worin diese Meinung enthalten seyn soll, einrücken. Die *L. 5. §. 9. ff. de iniur*, in welchem Gesetz Ulpian ein Pasquill beschreibet, enthält folgendes: *si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit, composuerit, ediderit dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, etiam si alterius nomine ediderit vel sine nomine, uti de ea re agere liceret: et si condemnatus sit, qui id fecit, intestabilis ex lege esse iubetur.* Da dieses Gesetz nun nicht von dem Fall redet, wenn der Verfasser des Pasquills seinen Namen unterschrieben hat, so glaubt man auch nur dasjenige zu einem Pasquill rechnen zu dürfen, wenn sich der Verfasser nicht genannt habe.

§. 4. Noch einem weit stärkern Beweisgrund suchet man in der *L. unic. C. de fam. libel.* zu finden, worin gesagt wird: *sane si quis devotionis suae, ac salutis publicae custodiam gerit: nomen suum profiteatur, et quae per famosum libellum persequenda putaverit,*

*ore*

*ore proprio edicat; ita ut absque ulla trepidatione accedat, sciens quidem quod si assertionibus suis veri fides fuerit opitulata, laudem maximam et praemium a nostra clementia consequetur.*

In dieser Stelle werden diese beyden Stücke, a) jemandem in einem Pasquill ein Verbrechen, unter Verschweigung seines Namens vorwerfen, und b) solches unter Bekanntmachung desselben zu thun, von einander unterschieden. Woraus deswegen so viel folgen soll, daß ersteres nur zu einem Pasquill gerechnet werden könne, nicht aber letzteres.

§. 5. Zu allem diesem kommt nun noch die deutliche Verordnung der Halsgerichtsordnung, welche in Absicht dieses Punkts in 110 Art. folgendes disponiret: Welcher jemand durch Schmachschrift, zu Latein *libellus famosus* genannt, die er ausbreitet, und sich nach Ordnung der Rechte mit seinem rechten Tauf- und Zunamen nicht unterschreibet, unrechtlicher, unschuldiger Weis, Laster und Uebel zumißt, u. s. w. Hierin ist die Meinung der Gegner so sehr gegründet, daß wir derselben nothwendig beypflichten müssen, wenn nicht durch neuere Gesetze ein anders wäre verordnet worden.

§. 6. Es wird uns nunmehr obliegen, nicht nur jene Gründe zu widerlegen, sondern

auch zugleich unsere Meinung zu beweisen. Die *L. 5. §. 9. ff. de iniur.* aus welcher vornämlich die Gegner die Worte *etiam si alterius nomine ediderit, vel sine nomine* zum Beweis hernehmen, sagt nun zwar nichts von dem Fall, wenn der Verfasser des Pasquills seinen Namen unterschrieben hat; dennoch aber getrauen wir uns doch zu behaupten, daß dadurch dieser Fall nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr mit darunter begriffen sey. Beydes können wir aus der in dieser Stelle gebrauchten Partikel *etiam si* erweisen. Diese Partikel gehöret, nicht mit zu den Partikeln durch welche der Gegensatz von dem behaupteten Satz ausgeschlossen wird, sondern vielmehr zu denjenigen, wodurch der Gegensatz zugleich mit eingeschlossen wird p). Wir können daher auch immer von dem in jenem Gesetz angeführten Fall, ganz richtig auf unsern schliessen, und nicht blos denselben darauf einschränken, wenn entweder einer in eines andern Namen ein Pasquill gemacht, oder sich nicht genennt hat.

§. 7. So lehrt uns auch eine genaue Betrachtung der *L. un. C. de fam. libel.*, daß in der angeführten Stelle eigentlich nicht von einem Pasquill, sondern von dem Anklaglibell, und der Unterschrift des Anklägers, daß er nämlich die Strafe des Verbrechers, weswegen er den andern

p) *Besold* thes. pr. verb. auch *Wehner* obs. pract. verb. auch *Rüdinger* obs. pr. obs. 37.

andern angeklagt, ausstehen wolle, falls er den Beklagten nicht überführen könne. Das so dies Gesetz zu verstehen sey, lehret der Inhalt desselben mehr als zu deutlich. Die Kaiser **Valentinian** und **Valens** halten es nicht nur für eine lobens, sondern auch für eine belohnenswürdige Handlung, wenn jemand einen eines Verbrechens wegen anklagt, sie können also wie der Augenschein lehren muß, hier keinesweges ein Pasquill verstanden haben.

§. 8. Aber alles dies würde uns wenig zum Beweis unserer Meinung nützen, da uns die angeführte Stelle der **Halsgerichts-Ordnung** grade entgegenstehet, wenn wir nicht aus andern Gründen uns von der Wahrheit unserer Behauptung überzeugen könnten. Wir lassen daher alles das, was man noch etwa bey jener Stelle der **Halsgerichts-Ordnung** erinnern könnte, weg, weil man aus folgenden sich leicht wird überzeugen können, daß falls man auch jene Verordnung den Buchstaben nach verstehen wollte, selbige doch nicht mehr Statt finden könne, weil selbige durch den **Reichsabschied** vom Jahr 1577. Tit. 35. §. 3. in diesen Stück verbessert worden.

§. 9. Wir brauchen nur die Worte jenes Reichsabschieds selbst herzusetzen: **Und setzen, ordnen, und wollen wir, daß alle und jede Obrigkeit, Uns und dem Heil. Römischen Reich unterworfen ernstlich Einsehen thun**

und

und verschaffen sollen, daß nicht allein dem weit obgemeldet, treulich nachkommen und gelebet werde; sondern daß auch nichts so der christlichen allgemeinen Lehr ... un- gemäs und widerwärtig, oder zu Unruh und Weiterung Ursach geben, noch auch keiner Famos Bücher oder Schriften es habe der Autor seinen Namen darunter gesetzt, oder nicht, desgleichen auch nichts schmäliges, pasquillisch, oder in andere Weis, wie das Namen haben, und in was Schein das beschehen mögte, gedicht, geschrieben, in Truck bracht, gemahlt, geschnitzt, gegossen oder gemacht, sondern wer solche und dergleichen Bücher, Schriften, Gemählde, Abguß, geschnitzt und Gemächte in Truck oder sonst vorhanden wären, oder künftiglich ausgiengen, und an Tag kommen, daß dieselbe nicht feyl gehabt, gekauft, sondern den Verkäufern genommen, und so viel immer möglich untergedrückt werden.

§. 10. So deutlich diese Stelle an und für sich selbst ist, so fehlet es doch auch nicht an solchen Erklärungen derselben, wodurch man ihr einen ganz andern Sinn beylegen will. Wir müssen auch diese zu mehrer Befestigung unsers Satzes hier durchgehen. — Man sagt also erstlich, die angeführte Stelle rede keinesweges vom Pasquillen, sondern verbiethe nur, daß keine Bücher zur Beschimpfung eines andern sollten gedruckt werden.

Aber

Aber dieser Behauptung widersprechen die klaren Worte jenes Reichsabschiedes selbst. Redet dieser nicht ganz deutlich von Famos-Büchern oder **Schriften**? Begreift dieser nicht namentlich Pasquille, wenn sie der Ausdrücke sich bedient, **pasquillisch**, **gedicht**, **geschrieben**? Aber auch dies bey Seite gesetzt: so fragen wir die Gegner: ob denn ein zur Beschimpfung eines andern geschriebenes Buch, was anders, als ein Pasquill sey? Die Gesetze q) halten es wenigstens für ein Pasquill, und sollte daher auch nur die angeführte Stelle von solchen Büchern, die zu eines andern Unehre gedruckt worden, reden, so könnten wir doch immer sicher von dieser auf die geschriebenen Pasquille schliessen.

§. 11. Ferner wendet man ein, die Worte: **es habe der Autor seinen Namen drunter gesezt oder nicht**: gehörten nicht zu dem Worte Famos-**Bücher** sondern zu dem Worte **Schriften**, denn von diesen würde erst am Ende des gedachten §phs gehandelt, wo ausdrücklich enthalten, **und dem also lang vorgeschriebener Maas nachgefragt, und nachgegangen, bis der rechte Autor befunden.**

Allein wer kann wohl, ohne offenbar der Wahrheit zu widersprechen, behaupten, daß nur am Ende jenes Paragraphs vom Pasquillen gehandelt werde? wird nicht selbst da, wo der Famos-

q) §. 1. J. de iniur. L. 5. §. 9. ff. eod. tit.

Famos-Bücher gedacht, auch zugleich der Famos-Schriften erwehnet? Verwirft in Absicht beyder dieses Gesetz nicht gleich darnach den Unterschied, es habe der Autor seinen Namen darunter gesetzt, oder nicht? Was ist deutlicher als dieses?

Die Worte, **bis der rechte Autor befungen**, gehen also nur auf den Fall, wenn der Verfasser sich nicht genannt, ohne den andern davon auszuschliessen, und verordnet, daß alsdenn die Obrigkeit gehalten seyn solle, den Verfasser ausfündig zu machen.

§. 12. Endlich glaubt man, daß hier durch die gebrauchte Partikel **oder** Famos-Bücher von andern Schriften unterschieden worden.

Aber auch dies Argument ist so schwach, daß es sich von selbst aus den Worten jenes Gesetzes widerlegen muß. Es ist bekannt, daß die Partikel **oder** nicht immer als eine Trennungs, sondern auch sehr oft als eine Verbindungs-Partikel gebraucht werde r) und hievon liegen die Beyspiele selbst in unserm Text, es heißt: **und soll nicht allein der Verkäufer oder Feylhaber**, ferner in den 2. §. des nämlichen Titel: **den Autor oder Dichter des Buchs.** Hier ist es deut-

r) L. 124 ff. de verb. sign. *Besold* th. pr. voc. **oder** *Wehner* obs. pr. verb. **oder** *Rüdinger* observ. pr. obs. 92. *Card. Tusch* pract. concl. lit. D. concl. 372. n. 2.

deutlich genug, daß hier das Wort oder eben so viel als **und** bedeute. Ja diese Erklärung wird noch mehr durch die folgenden Worte des angeführten 3ten Paragraphs unterstützt, wo es heißt: **und soll nicht allein der Verkäufer oder Feylhaber, sondern auch der Käufer und andere bey denen solche Bücher, Schmähschriften, . . . gefunden.** Hiedurch wird offenbar, daß das im Anfang gebrauchte Wort **Schriften**, eben so viel als **Schmähschriften** bedeute, auch solche von dem Wort **Famos-Bücher** nicht müsse getrennet werden.

§. 13. Allein wird man uns hier nun noch zuletzt fragen, worin besteht denn der Unterschied zwischen einer schriftlichen Injurie und Pasquill, wenn es bey einem Pasquill gleich viel ist, der Verfasser mag sich genannt haben oder nicht? Wir antworten, es bleibt dem ohnerachtet noch immer ein wesentlicher Unterschied zwischen beyden übrig. Soll eine schriftliche Injurie zum Pasquill werden, so muß darin ein solches Verbrechen jemanden vorgeworfen seyn, was entweder mit einer Lebens- oder Leibes-Strafe belegt wird, dieses giebt der 110. Art. der Halsgerichts-Ordnung in den Worten zu erkennen: **wo die mit Wahrheit erfunden würde, daß der Geschmähete an seinem Leibe, Leben oder Ehre, peinlich gestraft werden möchte.** Eine schriftliche Injurie hat aber nur geringere Verbrechen oder andere beschimpfende Vorwürfe zum Grunde. Es ist also noch immer ein

wesent-

wesentlicher Unterschied zwischen beyden, so daß man zwar immer schliessen kann, ein jeder Pasquill ist eine schriftliche Injurie, aber nicht eine jede schriftliche Injurie ist auch ein Pasquill.

---

# Hundert und neunzehnte Meditation.

## Die aus dem Kornelischen Gesetz entspringende Injurien-Klage dauret 30 Jahre.

### §. 1.

Nicht wegen einer jeden zugefügten Injurie kann aus dem Kornelischen Gesetzt geklagt werden, sondern nur in gewissen in den Gesetzen bestimmten Fällen, nämlich bey Schlagen, Stossen, Eindringen ins Haus s). Ueberhaupt aber qualificiret sich diese Klage blos zu thätlichen nicht zu wörtlichen Injurien, und da kann entweder bürgerlich t) oder peinlich u) gegen den In-

s) §. 8. *J. de iniur.* Sed et lex Cornelia de iniuriis loquitur, et iniuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem, quod se *pulsatum*, quis *verberatumve*, vel *domum suam vi introitam* esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitet, sive in conducta, sive gratis, sive hospitio receptus sit. *Confer. L.* 5 *ff. de iniur.*

t) L. 37. §. 1 ff. de iniur.

u) L. 12. §. 4 ff. de accus.

Injurianten geklaget werden. Beide Klagen sind aber von einander darin verschieden, daß erstere in 30 Jahren, letztere in 20 Jahren verjähret wird.

§. 2. Wir reden hier jetzt nur blos von dem Fall, wenn aus diesem Gesetz bürgerlich geklagt wird, und da haben wir mit verschiednen Rechtsgelehrten v) behauptet, daß diese Klage in 30 Jahren verjähret werde. Den Beweis unserer Behauptung nehmen wir aus der allgemeinen Regel, nach welcher alle die Klagen, die aus dem bürgerlichen Recht entspringen, in 30 Jahren verjähret werden w). Wenn es also wahr ist, daß die aus dem Kornelischen Gesetz entspringende Klage eine bürgerliche Klage sey; so ist auch die daraus gezogene Folge richtig.

§. 3. Allein die Richtigkeit unserer Meinung würde weniger bezweifelt seyn, wenn nicht nach dem klaren Buchstaben der Gesetze alle Injurien-Klagen in einem Jahr verjähret würden x). Dies ist der Hauptgrund, welchen die Gegner

v) *Mynsinger* cent. 1. obs. 84. *Sande* dic. fris. lib. 5. Tit. 8. def. 3. *Fachineus* contr. iur. lib. 9. cap. 7. *Stryk* U. M. Tit. de iniur. §. 20. et in tr. de act. for. invest. Sect. 1. membr. 10. §. 49. *Cocceji* J. C. Tit. de iniur. qu. 19.

w) Pr. J. de perp. et temp. act. L. 3. C. de præsc. 30. vel quadr. annor.

x) *L.* 56. *de iniur.* Si non convitii consilio te aliquid iniuriosum dixisse probare potes, fides ve-

Gegner y) unserer Meinung entgegensetzen, aus welchem sie auch behaupten wollen, daß diese Injurien-Klage, so wie die andere in einem Jahr verjähret würden.

Betrachten wir aber dies Gesetz nur genauer, so werden wir finden, daß dasselbe sich auf gegenwärtigen Fall keinesweges anwenden lasse. Das Gesetz redet nämlich nicht von einer solchen Injurie, weswegen man aus dem Kornelischen Gesetz hätte klagen können; sondern nur von einer solchen, weswegen eine aus dem Edikt des Prätors entspringende Klage, muste angestellet werden. In diesem Gesetz war nämlich einem andern eine Mordthat vorgeworfen, diese Injurie aber gehöret unstreitig mit zu den wörtlichen und keinesweges zu den thätlichen Injurien.

§. 4. Dies können uns zwar selbst die Vertheidiger der gegenseitigen Meinung nicht ableugnen; allein sie sagen, der Ausdruck: *cum iniuriarum actio annuo tempore præscripta sit:* wäre allgemein, und gienge daher auch auf jede andere Injurien-Klage. Aber diese Behauptung ist

ri a calumnia te defendit. Si autem in rixam inconsulto calore prolapsus homicidii convicium obiecisti, et ex eo die annus excessit: *cum iniuriarum actio annuo tempore praescripta sit*, ob iniuriæ admissum conveniri non potes.

y) *Cuiacius* ad C. Tit. de iniur. *Oldendorp* class. act. cl. 7. act. 10. *et in Tract.* de usuc. et præsc. Tit. de act. intra cert. temp. instituend. *Wesenbec* ad ff. Tit. de iniur. n. 15.

ist in der That ungereimt, und wider den Sinn des Gesetzes. Das Gesetz redet, wie wir schon gezeigt haben, von einer wörtlichen Injurie, und hierauf geht die aus dem Kornelischen Gesetz entstehende Klage nicht. Die oben angeführte Worte also gehen nur blos auf die Klage die einem, wegen einer durch wörtliche Beschimpfung zugefügten Injurie, zusteht. Dies lehren das Gesetz und jene Worte selbst; denn es heißt nicht *quia actiones iniuriarum annuo tempore praescribuntur*, sondern *cum iniuriarum actio annuo tempore praescripta sit*.

§. 5. Hiedurch ist also der Hauptgrund der Gegner völlig gehoben, die übrigen gegenseitigen Gründe sind weniger erheblich, man braucht sie nur anzuführen, um ihre Schwäche einzusehen.

So sagt man, könnten wir eines Theils kein einziges Gesetz für unsere Meinung anführen, aus welchem wir beweisen könnten, daß die aus dem Kornelischen Gesetz entspringende Injurien-Klage, von der Regel, nach welcher Injurien-Klagen in einem Jahr verjähret werden, ausgenommen sey. Andern Theils aber wäre kein Grund vorhanden, weswegen die aus wörtlichen und die aus den thätlichen Injurien entspringende Klagen, in Absicht der Dauer verschieden seyn sollen, vielmehr trete bey beyden eben der Grund ein, weil nämlich Injurien-Klagen überhaupt eher eingeschränkt als erweitert werden müsten.

§. 6. Wir haben zu Anfang schon erwähnet, daß die aus dem Kornelischen Gesetz entspringende Klage, aus dem bürgerlichen Recht herfliesse. Dauren nun diese Klagen 30 Jahr, finden wir auch in Absicht jener Klage, keine Ausnahme von dieser Regel; so können wir auch so lange dabey stehen bleiben, bis man uns eines andern überführet. Der Unterschied aber der zwischen wörtlichen und thätlichen Injurien ist, ist bald zu finden. Wörtliche Injurie sind gemeiniglich lange nicht so groß und hart, als diese. Zu dem werden jene aus dem Edikt des Prätors bestraft, und die daraus herfliessende Klagen dauren überhaupt nur ein Jahr. So dann stehet es nicht bey uns, Klagen nach Gefallen einzuschränken, man könnte ja sonst eben so leicht behaupten, daß überhaupt eine jede Klage in einem Jahr verjähret werde, weil dem Staat daran gelegen, Streitigkeiten und Prozesse zu unterdrücken, keineswegen aber zu begünstigen. So lange also Gesetze da sind, so lange müssen wir uns auch darnach richten, und bey denselben stehen bleiben.

---

Hundert

# Hundert und zwanzigste Meditation.

Die auf einen Widerruf gehende Klage wird in 30 Jahren verjähret.

§. 1.

Wenn wegen zugefügter Injurien auf einen Widerruf geklagt werden soll, so werden nicht nur grobe und harte wörtliche Injurien erfordert, sondern die Injurie selbst muß so beschaffen seyn, daß selbige widerrufen werden kann. Sonst ist die auf einen Widerruf gehende Klage weder im römischen noch geistlichen Recht gegründet, sondern ist blos deutschen Herkommens und durch die Gewohnheit eingeführet, nachher aber durch die Kammergerichts-Ordnung z) bestätiget.

§. 2. Diese Klage also, wie wir schon gesagt haben, ist blos durch die Gewohnheit eingeführet. Hat nun die Gewohnheit die Kraft

 eines

z) Theil 2. Tit. 28. §. 4. Doch sollen die Sachen injuriarum in denen auf Widerruf geklagt = = = angenommen seyn. Heineccius vermischte Anmerkungen und rechtliche Gutachten Nr. 5.

eines Gesetzes a), so können wir auch mit Recht behaupten, daß jene Klage erst in 30 Jahren verjähret werde b). Wir brauchen hier um so weniger unsere Gründe weitläuftig auszuführen, noch auch die gegenseitigen Gründe durch welche man behaupten will, daß diese Klage in einem Jahr verjähret werde c) zu widerlegen, da solches schon bereits in der vorhergehenden Meditation geschehen ist, worauf wir uns also hier nur beziehen können.

# Hundert und ein und zwanzigste Meditation.

Wörtliche Injurien werden in einem Jahr, von Zeit der Wissenschaft angerechnet, verjähret.

§. 1.

Die aus dem Edikt des Prätors entspringende Injurien-Klagen werden, wie bekannt in einem Jahr verjähret. Allein in Ansehung der

a) L. 32 seq. ff. de legib.

b) *Theodorici* colleg. crim. pr. cap. 2. aph. 21. n. 6. *Stryk* U. M. Tit. de iniur. §. 33. *Boehmer* de action. Sect. 2. cap. 11. §. 62. *Cocceji* J. C. Tit. de iniur. qu. 26.

c) *Mevius* pat. 5. dic. 368.

der Zeit, wenn diese Verjährung angerechnet werden müsse; ob man nämlich dabey auf die Zeit der zugefügten Injurie, oder da sie der Injuriat erfahren, Rücksicht nehmen müsse, ist zweifelhaft d).

Wir glauben, daß man hier auf die Zeit, da der Injuriat die ihm zugefügte Injurie erfahren, sehen, und darnach beurtheilen müsse, ob die Injurien-Klage noch Statt habe, oder nicht.

§. 2. Ueberhaupt ist bekannt, daß fast in allen den Fällen, wo die Gesetze, die Klagen nur auf ein Jahr einschränken, die Verjährung nicht eher als von Zeit der Wissenschaft zu laufen anfange e). Zudem kann man auch demjenigen, der nicht weiß, daß er injuriiret ist, keine Nachläßigkeit beymessen, und dies ist doch der Hauptgrund der Verjährung; wo daher keine Nachläßigkeit ist, da kann auch die Verjährung



d) Ersteres behaupten *Clarus* in recept. sent. §. iniuria n. 9. *Cujacius* ad C. Tit. de iniur. *Wesenbec* ad ff. eod. tit. n. 13. *Schneidewin* ad §. 8. J. de iniur. Letzters hingegen *Fachineus* contr. iur. lib. 9. cap. 8. *Hahn* ad Wesenb. Tit. de iniur. n. 13. *Gail.* Lib. 2. obs. 105. *Carpzov* pr. rer. crim. part. 2. qu. 97. n. 60. *Schilter* ex. 49. §. 28. *Struv* ex. 48. §. 65. *Stryk* de act. for. invest. Sect. 1. membr. 10. §. 48. *Cocceji* J. C. Tit. de iniur. qu. 11.

e) L. 2. C. qui adm. ad bon. poss. L. 2. pr. ff. quis ord. in poss. L. 10 ff. de bon. poss. L. 55. ff. de aedil. ed.

rung nicht eintreten f). Endlich aber finden wir noch, daß bey denen, dem Injurien-Klagen ähnlichen Klagen, das Jahr nicht eher als von Zeit der Wissenschaft zu laufen anfange g). Daraus aber können wir leicht einen Schlus auf unsern Fall machen. Die Gesetze machen wenigstens bey den aus dem Edikt des Prätors entspringenden Injurien-Klagen, keine Ausnahme, und daher haben wir immer auch einen sichern Grund für uns, bey jenen allgemeinen Sätzen stehen zu bleiben.

§. 3. Aber, wenden uns hier die Gegner ein, saget nicht die *L. 5. C. de iniur.* deutlich genug, daß die Injurien-Klage in einem Jahr verjähret werde, und giebt es nicht Gesetze h) die ausdrücklich verordnen, daß die Verjährung auch den Unwissenden laufen solle, und sind nicht endlich Fälle da, wo die Verjährung auch bey Prätorischen Klagen gleich ihren Anfang nimmt i)?

Diese Einwürfe, müssen wir nun noch mit wenigen untersuchen.

§. 4.

f) L. 7. §. 2 ff. de his qui not. inf.

g) L. 6. in f. ff. de calumn. L. 15. §. 4. et 6. ff. quod vi aut clam.

h) L. f. in fin. C. de præscr. long. temp. L. 3. §. f. in fin. C. de præsc. 30. an.

i) L. f. C. de dol. mal.

§. 4. Die *L. 5. C. de iniur.* haben wir schon in der **hundert und neunzehnten Meditation** erkläret. Das Argument, welches man aber aus diesem Gesetz zum Beweis der gegenseitigen Meinung nimmt, ist in der That wenig bedeudent. Dies Gesetz redet, wie der Augenschein lehren muß, von einer solchen Injurie, die der Injuriant in Gegenwart des Injuriaten gegen denselben ausgestossen hatte. Hier war die Injurie dem Injuriaten gleich bekannt, und muste also dieser, wenn er ein Jahr stille geschwiegen und nicht gegen den Injurianten geklagt hatte, mit seiner Klage abgewiesen werden.

§. 5. Eben so schwach sind auch die noch übrigen beyden gegenseitigen Gründe. Es ist zwar wahr, daß nach den in der (Not. h) angeführten Gesetzen die Verjährung auch den Unwissenden laufen; und nach der *L. f. C. de dol. mal.* die actio doli in zwey Jahren, von Zeit des begangenen Betrugs angerechnet, verjähret werden solle. Allein der erste Grund passet nur auf die Verjährung von 10. oder 20 Jahren, und davon reden auch jene Gesetze nur. Und so können wir auch nicht von der *actio de dolo malo* auf die Injurien-Klage schliessen. Denn wenn gleich jene Klage in zwey Jahren verjähret wird: so kann doch noch immer derjenige, der durch des andern Betrug Schaden gelitten hat, vermittelst der *actio in factum* k),



k) L. 28. 29. ff. de dol. mal.

welche 30 Jahr dauret, auf die Schadensersetzung klagen. Dies fällt aber bey Injurienklagen weg.

---

# Hundert zwey und zwanzigste Meditation.

## Die Intercession des unschuldigen Ehegattens, mildert die auf die Bigamie gesetzte Strafe.

§. 1.

Die Bigamie wird dadurch begangen, wenn ein Ehegatte der noch in der Ehe lebt, sich mit einem andern ehelich verbindet, und mit demselben sich fleischlich vermischt.

Zur Existens der Bigamie wird also nach dieser Erklärung erfordert; daß sich einer ausser seinem Ehegatten noch mit einem andern ehelich verbunden habe: es muß dieses ferner wissentlich geschehen seyn; die bigamische Ehe muß alle wesentliche Stücke einer rechten Ehe an sich haben, und endlich muß die fleischliche Vermischung hinzugekommen seyn. Fehlet eines von diesem Stücken, so ist keine Bigamie da, und kann daher auch nicht die auf die Bigamie gesetzte Strafe des Schwerdts eintreten.

§. 2.

§. 2. Wenn nun aber alle die zur Bigamie erforderliche Stücke da sind, kann denn auch die Intercesßion des unschuldigen Ehegatten eine Milderung der Strafe bewürken? Dies ist eine Frage worüber die Rechtsgelehrten nicht einig sind l), daß bey einem Ehebruch die Intercesßion des unschuldigen Ehegatten die Strafe desselben mildre, darin stimmen alle Rechtsgelehrten überein.

Man glaubt aber bey der Bigamie hievon um desto mehr eine Ausnahme machen zu müssen, weil theils nirgends zu finden, daß die Intercesßion des unschuldigen Ehegatten bey der Bigamie eine Milderungs-Ursach ausmachen solle: theils man auch nicht von dem Ehebruch auf die Bigamie schliessen könne, da dieses ein weit grösseres Verbrechen als jenes sey m).

§. 3.

l) Es bejahen solche *Kress* ad art. 121. §. 2. not. 4. *Berger* elect. iur. crim. membr. 4. §. 2. et in supplem. part. 2. obs. 153. *Wernher* part. 1. obs. 133. part. 3. obs. 94. *de Boehmer* ad Carpzov. qu. 66. obs. 3. *Koch* Inst. iur. crim. lib. 2. cap. 17. §. 331. *Hommel* rhaps. obs. 224. *Thomasius* de bigamia. *Griebner* de interc. coniug. innoc. in delict. carn. cap. 2. *de Boehmer* ad art. 121. §. 9.
Hingegen verneinen solche *Carpzov* pr. rer. crim. qu. 66. n. 39. et part. 4. const. 20. def. 4. *Struv* ex 49. §. 35. *Hahn* ad Wesenbec. Tit. ad leg. Jul. de adult. coerc. n. 8. *Stryk* U. M. eod. Tit. §. 37. *Classenius* ad art. 121.

m) P. H. G. Ord. Art. 121. = = = Welche Uebel=

§. 3. Die peinliche Gerichts-Ordnung hält zwar nach der in der (Not. m) angeführten Stelle die Bigamie für ein grösser Verbrechen als den Ehebruch: allein in welchen Stükken dieses grösser sey, davon erwehnt sie nichts. Wir können aber die Grösse der Bigamie für den Ehebruch darin setzen, weil durch dieselbe nicht nur ein fortgesetzter Ehebruch begangen wird, sondern auch zugleich mit derselben eine bösliche Verlassung des unschuldigen Ehegatten verbunden ist.

Bey allem diesen scheinet daher, diejenige Meinung den Vorzug zu verdienen, die die Interceßion des unschuldigen Ehegattens bey der Bigamie als eine Mitiganz verwirft. Allein wir haben dennoch Ursach an der Richtigkeit derselben zu zweifeln, und das folgende wird uns lehren, daß jene angeführten Gründe nicht von der Wichtigkeit sind, uns von der Wahrheit derselben überzeugen zu können.

§. 4. Wir müssen hier zwar den ersten Grund der gegenseitigen Meinung: daß nämlich nirgends die Interceßion des unschuldigen Ehegatten als eine Milderungs-Ursache der Strafe der Bigamie angeführet worden, zugeben.

Allein wir brauchen uns darüber nicht zu bekümmern, ob die angeführte Milderungs-Ursach

nament-

belthat denn auch ein Ehebruch, und grösser dann dasselbig Laster ist.

namentlich in den Gesetzen ausgedrückt sey oder nicht, vielmehr haben wir Ursach, da jene Mitiganz nicht ausdrücklich von dem Gesetzgeber verworfen ist, solche als gegründet anzunehmen. Gehen wir auf den Grund zurück, weswegen bey dem Ehebruch die Intercesion des unschuldigen Ehegattens die Strafe mildert; so werden wir finden, daß solche vornämlich in der Begünstigung des unschuldigen Ehegattens, und der durch die Intercesion geschehenen Aufhebung der ihm zugefügten Beleidigung, bestehe. Eben dies aber findet bey der Bigamie Statt, und da also hier ein und eben der Grund ist, so ist auch in diesem Stück in Ansehung beyder kein Unterschied.

§. 5. Aber die Bigamie ist doch ein grösser Verbrechen als der Ehebruch? Das geben wir gerne zu; allein folget daraus denn, daß um deswegen diese Mitiganz hier wegfallen müsse. Ueberdem ist die Bigamie in der That nichts anders als ein qualificirter Ehebruch, nur mit dem Unterschied, daß bey jener die priesterliche Trauung hinzugekommen seyn muß. Da nun Kaiser Karl der fünfte beyde Verbrechen nach der Halsgerichts-Ordnung Art. 121. mit einer Strafe belegt hat; so können wir auch in Absicht dieser Mitiganz von diesem Verbrechen auf jenes ganz richtig schliessen.

§. 6. Man mögte uns zwar hier noch den Einwurf machen, daß mit der Bigamie doch ein

Mis-

Misbrauch der Sakramente verbunden sey, folglich bey diesem Verbrechen auch nicht so viele Milderungs-Ursachen Statt finden müssen. Aber dieser Einwurf kann die Protestanten, nach deren Grundsätzen die Ehe kein Sakrament ist, nicht treffen; aber auch bey den Katholiken muß er wegfallen, da auf den Misbrauch der Sakramente in diesem Fall keine Todesstrafe gesetzt ist.

§. 7. Dadurch werden wir hinlänglich unsere Meinung erwiesen haben, ohne daß wir noch nöthig hätten, weiter was hinzu zusetzen, besonders wenn man nur noch erwägen will, daß in peinlichen Fällen bey zweifelhaften Sachen immer die billigere Meinung den Vorzug verdiene, zumal wenn die Gesetze selbst solche nicht ausdrücklich verwerfen, und daß dies hier nicht geschehen sey, haben wir bereits gezeigt.

Hun=

# Hundert drey und zwanzigste Meditation.

Einem Dieb, der dreymal gestohlen, kann die Todesstrafe zuerkannt werden, wenn er gleich wegen der vorhergehenden Diebstähle nicht ist gestraft worden.

§. 1.

Soll einem Dieb wegen des dritten Diebstahls die Todesstrafe zuerkannt werden, so wird nothwendig zum voraus gesezt, daß die drey Diebstähle nicht nur so wohl in Ansehung der Zeit, in welcher sie verrichtet, verschieden sind n), sondern es müssen auch drey von einem andern verschiedne Sachen gestohlen seyn o). Endlich müssen die drey Diebstähle mehr als 5 Dukaten betragen haben. Unter diesen Einschränkungen glauben wir, daß alsdenn die Strafe des Stranges, nach dem Sinn der peinlichen Gerichts-Ordnung, eintrete p).

§. 2.

n) Eine verschiedne Zeit nennt man diejenige, zwischen welcher 24 Stunden verflossen. Begeht also einer innerhalb 24 Stunden drey Diebstähle, so werden solche nur für einen gerechnet.

o) *Stryk* U. M. Tit. de furt. §. 5. *Cocceii* J. C. eod. tit. qu. 13.

p) *Gomez* var. ref. Tom. 3. cap. 5. n. 9. *Stryk* U. M.

§. 2. Die peinliche Gerichtsordnung verordnet in Art. 162 wegen des dritten Diebstahls folgendes: Würde aber jemand betreten, der zum dritten male gestohlen hätte, und solcher dreyfacher Diebstahl mit gutem Grund, als zuvor von Erfahrung der Wahrheit gesezt ist, erfunden wird, das ist ein mehr verleumdter Dieb, und auch einem Vergewaltiger gleich geachtet, und soll darum nämlich der Mann mit dem Strang, und die Frau mit dem Wasser, oder sonst in andere Wege, nach jedes Landes-Gebrauch vom Leben zum Tode gestraft werden.

§. 3. Diese Worte sind so deutlich, daß selbst viele von den von unser Meinung abweichenden Rechtsgelehrten q), die nämlich behaupten, daß ehe dem Dieb die Todesstrafe zuerkant würde, erfordert werde, daß derselbe wegen der vorhergehenden Diebstahle gestraft seyn müsse, zugeben, daß ihre Meinung nicht nach den Gesezen vertheidiget werden könne, sondern blos durch die Praxis unterstüzt werde. Selbst diejenige Gründe, welche man anführet, um jener Mei-

U. M. Tit. de furt. §. 9. *Kreſs* ad art. 162. n. 2. *Ludovici* ad art. 162. *Blumlacher* ad art. 162. n. 3. *Froelich* lib. 4. Tit. 2. *de Boehmer* ad art. 162. §. 4.

q) *Struv* ex 48. §. 21. *Matthaei* de criminibus lib. 47. Tit. 1. cap. 3. n. 10. *Lauterbach* colleg. th. pr. Tit. de furt. §. 6. *Wernher* part. 5. obſ. 197. *Leyſer* ſpec. 535. n. 12.

Meinung nur einen Anstrich zu geben, sind in der That so schwach, daß sie keiner besondern Widerlegung bedürfen. Wir sind daher auch der Mühe, solche besonders zu widerlegen, überhoben, wenn wir nur bey Anführung unsrer Gründe, das, was von der Gegenseite etwa dabey erinnert wird, anzeigen.

§. 4. **Karl der fünfte** will in jenem oben eingerückten Artikel jeden dritten Diebstahl mit der Strafe des Stranges bestraft wissen. Allein sagen hier die Gegner, der Grund dieser Verordnung beruhe darin, weil keine Besserung von dem Dieb zu hoffen sey; man könne aber nicht eher sagen, ob der Dieb sich bessern wolle, als bis er wegen der vorhergehenden Diebstähle bestraft sey.

Wer sollte aber nicht bald sehen, wie sehr diese Behauptung den Worten jenes Artikels selbst widerspreche: denn dieser redet ja nicht von einem Dieb von dem Besserung zu hoffen ist, sondern von einem **Verleumdeten**, das ist, einem solchen Dieb, dem das Stehlen zur Gewohnheit geworden. Hier kömmt es also nur auf das öftere Stehlen, nicht aber auf die Bestrafung an.

§. 5. Wie kann auch überdem das eine Milderung der Strafe für den Dieb wohl abgeben, wenn er wegen seiner vorhergehenden Diebstähle keine Strafe gelitten. Ist das nicht

mehr der List und Verschlagenheit des Diebes beyzumessen, und verdienet der denn wohl Nachsicht, dem es geglückt ist, der Strafe seiner begangenen Verbrechen zu entgehen? Wenigstens mildert bey andern Verbrechen die Wiederholung derselben so wenig die Strafe, daß sie dieselbe vielmehr stärker macht: und so muß also nach den allgemeinen Regeln die Wiederholung eines Verbrechens eher die Strafe exasperiren als mitigiren r).

§. 6. Auf so allgemeinen Gründen beruhet daher unsere Meinung; allein so sehr dieselbe gleich dem Gesetz gemäs ist, so können wir doch nicht leugnen, daß die gegenseitige Meinung mehr in der Praxis befolgt werde, ob es gleich auch wohl Fälle giebt, da ohne jenen Unterschied zu machen, von Juristen-Facultäten, auf die Todesstrafe ist erkannt worden. Ueberhaupt aber ist dies wohl die wahre Ursach, weswegen man bey dem Diebstahl nicht so sehr bey den Worten des Gesetzes stehen bleibt, und oft durch ganz erzwungene Erklärungen den Sinn derselben verdrehet, weil man überhaupt, und besonders bey Diebstählen, Todesstrafen einzuschränken sucht.

Hundert

r) L. 8. §. 1. C. ad Leg. Jul. de vi L. 28. §. 10 ff. de poen. *Koch* Inst. iur. crim. lib. 1. cap. 9. §. 155.

# Hundert vier und zwanzigste Meditation.

Bey dem dritten Diebstahl findet die Todesstrafe nicht anders Statt, als wenn die drey Diebstähle zusammengerechnet, über 5 Dukaten betragen haben.

§. 1.

Wir haben in der vorhergehenden Meditation schon beyläufig erwähnet, daß nicht immer auf den dritten Diebstahl die Todesstrafe erfolge, sondern daß, wenn solche Statt finden solle, auch unter andern erfordert werde, daß die drey Diebstähle zusammengerechnet, mehr als 5 Dukaten betragen müssen.

Es war da der Ort nicht unsere Gründe desfalls anzuführen, sondern wir hielten es für besser, weil darüber die Rechtsgelehrten nicht einig sind s), davon besonders zu reden.



s) Unserer Meinug sind *Carpzov* pr. rer. cr. qu. 78. n. 80. et part. 4. const. 32. def. 5. *Struv* ex 48. §. 21. *Stryk* U. M. Tit. de furtis §. 5. *Coccelii* J. C. eod. tit. qu. 13. *Kress* ad art. 162. *Stephani* ad eund. art. *de Boehmer* ad eund. art. §. 5.

§. 2. Die Meinung, daß es bey dem dritten Diebstahl nicht auf den Werth der gestohlnen Sachen ankomme, sondern daß zur Zuerkennung der Todesstrafe genug sey, wenn der Dieb nur dreymal gestohlen habe, gründet sich vornämlich in den Worten des 162 Art. der peinlichen Gerichts-Ordnung. Den Artikel selbst haben wir in der vorigen Meditation eingerückt. Dieser Artikel nun redet überhaupt ganz allgemein, und ohne Einschränkung; und er will, daß ein jeder dritter Diebstahl am Leben gestraft werden solle, ohne die Einschränkung zu machen, daß man bey demselben auf den Werth der gestohlnen Sache Rücksicht nehmen müsse. Ueberhaupt setzt auch Kaiser Karl der fünfte schlechterdings im gedachten Artikel die Todesstrafe fest, da er doch in den vorhergehenden von dem Diebstahl handelnden Artikeln t) unter gewissen Einschränkungen die Todesstrafe zugelassen hat.

Dies sind die Gründe aus welchen die gegenseitige Meinung vertheidiget wird, sie sind in der That wichtig genug; allein wir glauben doch, daß

§. 5. *Puffendorf* Tom. 2. obs. 187. *Krause* de eo quod iustum est circa poenam furti §. 13. Der gegenseitiger Meinung sind *Berlich* part. 5. concl. 43. n. 93. *Coler* dec. 144. n. 5. *Menochius* de arb. iud. qu. cas. 295. n. 17. *Harprecht* cons. 9. n. 70. et cons. 54. n. 77. *Donaveri* cons. 13. n. 40. *Blumlacher* ad art. 162. *Classenius* ad eund. art.

t) Art. 159. 160. 161.

daß wenn man unsre Gründe gegen selbige halten wird, jene ihre Stärke völlig verliehren müssen.

§. 3. Nicht einmal hier zu gedenken, wie sehr die gegenseitige Meinung der Billigkeit widerstreite, da es in der That höchst unbillig ja ungerecht seyn würde, einem Menschen das Leben abzusprechen, der dreymal, jedoch Sachen von geringem Werth, gestohlen hätte; so widerspricht die gegenseitige Meinung völlig dem Begrif eines Diebstahls. Mit jedem Diebstahl ist die Absicht sich zu bereichern verbunden: gesetzt nun, es stiehlt jemand zu drey verschiednen malen 1 Rthlr., wird man von diesem wohl sagen können, daß er sich bereichert habe? Zwar bleibt ein solcher immer ein Dieb, und verdienet Bestrafung, aber gewiß eine Lebensstrafe in diesen Fall zuerkennen, würde mehr als tyrannisch gehandelt seyn. Und wo bliebe denn wohl ein Verhältnis zwischen Verbrechen und Strafen, wenn man einen der 1 Rthlr., und einen andern der hundertmal so viel gestohlen gleicher Strafe unterwerfen wollte?

§. 4. Aber diese Unbilligkeit ist nicht blos mit der gegenseitigem Meinung unzertrennt verbunden; sondern selbst der Meinung und Absicht des Gesetzgebers zuwider. Der Inhalt des 160. und 161sten Artikels lehret uns, daß bey Bestimmung der Strafen des Diebstahls der Kaiser vornämlich mit auf den Schaden, den

der Bestohlne erlitten, Rücksicht genommen, und erst auf einem Diebstahl der über 5 Dukaten, jedoch unter gewissen Umständen, die Todesstrafe gesetzt habe. Dieser Absicht aber würde man völlig entgegenhandeln, wenn man ohne Unterschied auf jeden dritten Diebstahl die Todesstrafe setzen wollte.

§. 5. Allein warum ist denn diese Einschränkung nicht dem 162sten Artikel zugefügt worden, und können wir denn, da doch das Gesetz davon stillschweigt, solche eigenmächtiger Weise dem Gesetz beylegen? Wir antworten hierauf: daß man überhaupt aus der Auslassung jener Einschränkung nicht schliessen könne, daß solche von dem Gesetzgeber völlig verworfen worden. Denn da wir erwiesen haben, daß überhaupt bey dem Diebstahl der Schade mit in Betracht komme, so können wir auch solches mit Grund von dem dritten Diebstahl behaupten. Zu dem lehret uns der 161ste Artikel, daß bey dem zweyten Diebstahl, auf den Werth der gestohlnen Sachen immer mit gesehen werden müsse, und dies giebt uns schon hinreichenden Grund, solches auch von dem dritten Diebstahl anzunehmen. Denn der Unterschied zwischen den zweyten und dritten Diebstahl ist in der That so groß nicht, daß man auf die einmalige Wiederholung gleich die Todesstrafe setzen könnte.

§. 6. Doch was hiebey noch das wichtigste ist; so finden wir in dem proiecto Norico wegen

wegen des dritten Diebstahls folgende Stelle. Gleich nach den letzten Worten des 162 Artikels heißt es: Der Diebstahl wäre groß oder klein, mit oder ohne die obgemeldeten beschwerliche Umstände geschehen: es möchte auch denselbigen Dieb nicht entschuldigen, ob er die Diebstahle nicht alle an einen Ort gethan hätte, denn die Strafe dieser Diebstahl würde in Rechten durch die böse Gewohnheit dermaßen beschwert. Diese Stelle aber ist nachher in der peinlichen Gerichts-Ordnung ausgelassen, und dies giebt uns schon einen klaren Beweis, daß hiedurch der Kaiser jene Härte bey Bestrafung des dritten Diebstahls aufgehoben und gewollt habē, daß der Schade allerdings mit in Betrachtung solle gezogen werden.

§. 7. Zwar pflegt man noch zur Begründung der gegenseitigen Meinung, die Stelle: **das ist ein mehr verleumdter Dieb, und auch einem Vergewaltigen gleich geacht:** anzuführen; da hier ein Dieb der zum drittenmal stiehlt, einem Vergewaltiger gleich geachtet wird. Allein diese Worte setzen nicht eine gänzliche Gleichheit zwischen beyden. Denn derjenige der bey dem Diebstahl Gewalt gebraucht, macht sich eines doppelten Verbrechens schuldig; folgt denn aber auch wohl, daß der welcher zum drittenmal stiehlt, nothwendig dazu Gewalt gebraucht haben müsse, und wird denn auch ein mit Gewalt verbundner Diebstahl ohne Unterschied mit dem Tode bestraft?

Da unsere Meinung also mehr mit der Billigkeit und Absicht des Gesetzgebers übereinstimmet; so muß auch solche allerdings von der Gegenseite vieles zum voraus haben, daß man deswegen immer sicher behaupten kann, daß ein dritter Diebstahl nie mit der Todesstrafe belegt werden könne, als wenn er zu verschiednen Zeiten und an verschiednen Sachen verübt, und die gestohlnen Sachen selbst mehr als fünf Dukaten betragen habe.

# Hundert fünf und zwanzigste Meditation.

## Von einer auf geschehenes Aderlassen, erfolgten Verblutung und Tod.

§. 1.

Ein Wundarzt hatte eine Person am Arm zur Ader gelassen, welche bald darauf nicht nur empfindliche Schmerzen daran empfand, sondern auch einen Geschwulst an diesen Arm verspürte.

Sie meldete diesen Umstand so gleich, ihren Wundarzt der diese Ader geschlagen; der denn auch ihr zwar einige Mittel dawider verordnete, die aber ohne Wirkung waren; denn der Arm wurde nicht nur darauf ganz blau, hernach gelb; sondern es setzte sich auch ein Klumpe auf die

Wun-

Wunde. Dieser wurde nach einiger Zeit darauf aufgeschnitten, und die Ader sprang von neuem wieder auf. Das Blut wurde zwar wieder gestillet: allein die Schmerzen am Arm liessen nicht nach, sondern nahmen vielmehr noch immer zu, bis zuletzt nach Verlauf von sechs Wochen, die Ader wieder aufsprang und die Patientin so gleich starb.

§. 2. Jener Vorfall veranlaßte nachher eine nähere Untersuchung; es wurde zu dem Ende ein Arzt nach dem Leichnam geschickt, um die Wunde gehörig zu untersuchen, da sich denn fand, daß:

1) im Aderlaß selbst ein Versehn begangen war, da theils von dem Wundarzt die vena basilica seu splenica geschlagen, welches nach dem Zeichnis der Aerzte deswegen gefährlich ist, weil viele Arterien daselbst befindlich sind; theils war die Incision selbst ungewöhnlich groß.

2) Auch in der Heilungsart des Schadens gefehlt, indem der auf der Wunde befindliche Klumpe nicht zu gehöriger Zeit geöfnet, und demnächst nicht die gehörigen Hülfsmittel angewandt waren.

§. 3. Der Wundarzt konnte jene ihm zur Last gelegte Punkte, nicht im Abrede stellen, auch nichts erhebliches zu seiner Vertheidigung vorbringen; es wurden darauf diese Untersuchungsakten zum Spruch Rechtens verschickt,

 und

und der Wundarzt zu einer vier wöchentlichen Gefängnißstrafe, und in die, auf die Untersuchung gegangene Kosten verdammt, auch demselben bey 20 Gfl. Strafe das Aderlassen verbothen.

§. 4. Der Grund jener Entscheidung beruhte vornämlich darin, daß der Wundarzt sich bey diesem Aderlaß und Heilungsart ein grobes Versehn zu Schulden kommen lassen, welches Versehn, den Rechten nach, allezeit bestraft zu werden verdienet u), ja so gar bis zur Landesverweisung anwachsen kann v). Und damit überdem dem Staat darunter kein Nachtheil zuwachsen konnte, wurde ihm ebenfalls auch noch künftig das Aderlassen untersagt w).

---

Hundert

u) L. 8. §. 1 ff. ad leg. Aquil. arg. C. C. C. art. 124. *Voet* ad ff. Lib. 9. tit. 2. §. 23. *Kress* ad C. C. C. art. 124. §. 2.

v) *Stryk* U. M. Lib. 9. tit. 2. §. 19. *Lauterbach* coll. th. pr. Lib. 9. tit. 2. §. 12.

w) *Philippi* Us. pr. Inst. Lib. 4. tit. 3. ecclog. 16. n. 4. *Kress* l. c. not. 2.

# Hundert sechs und zwanzigste Meditation.

Die unterlassene Besichtigung und Untersuchung der Wunde, hebt die ordentliche Strafe des Todschlags nicht auf, wenn der Verwundete gleich nach erhaltner Wunde gestorben ist.

§. 1.

Ehe wir die Gründe für die von uns angenommene x) von vielen Rechtsgelehrten y) aber bestrittene Meinung vortragen, müssen wir zur Vermeidung alles Misverständnis zum voraus erklären, daß wir die ordentliche Strafe des

x) *Stryk* U. M. Tit. ad leg. Corn. de sic. §. 5. *Brunnemann* proc. inquis. cap. 7. n. 29. *Struv* obs. crim. pag. 45. *Gail.* lib. 2. obs. 3. *Blumlacher* ad art. 140 *Kress* ad art. 147. §. 1. *De Boehmer* ad eund. art. §. 2. *Leyser* spec. 598. med. 7. *Hommel* rhap. qu. for. obs. 98. n. 5. *Wernher* de cerebrina certitudine corp. delicti §. 35. *Plaz* an in hom. sect. cadav. sit. necess.

y) *Carpzov* pr. crim. qu. 26. *Barth* hodog. for. pag. 1083. *Mauritius* de vit. def. §. 30. *Finkelthaus* obs. 61. n. 12. Thomasius juristische Händel Th. 2. Nro. 10. *Schoepfer* hæmorrhag. vuln. cap. 2. n. 35.

des Todschlags nur in den Fällen zu lassen, wenn so wol die Wunde so beschaffen ist, daß der Tod daraus hat erfolgen können, als auch das Instrument, womit die Wunde zugefügt worden, von der Art ist, daß damit leicht jemand getödtet werden könne. — Unter diesen Umständen nun, halten wir die Besichtigung und Untersuchung der Wunden für kein wesentliches Stück um dem Verwunder die Todesstrafe zu zuerkennen.

§. 2. Den Beweis unserer Meinung glauben wir selbst in der peinlichen Gerichts-Ordnung anzutreffen. Der 147 Artikel verordnet darüber folgendes:

So einer geschlagen wird, und über etliche Zeit darnach stürbe, also, daß zweifelich wäre, ob er der geschlagnen Streich halben gestorben wäre oder nicht, in solchen Fällen mögen beyde Theile (wie von Weisung gesetzt ist) Kundschaft zur Sache dienstlich stellen, und sollen doch sonderlich die Wundärzt, der Sach verständig, und andere Personen, die da wissen, wie sich der Gestorbene nach dem Schlägen und Rumor gehalten habe, zu Zeugen gebraucht werden, mit Anzeigung, wie lang der Gestorbne nach den Streichen gelebt habe: und in solchen Urtheilen die Urtheiler bey den Rechtsverständigen, und an Enden und Orten, wie zu End dieser unser Ordnung angezeigt, Rechts pflegen.

§. 3.

§. 3. Aus diesen angeführten Worten der Halsgerichts-Ordnung ziehen wir folgende Sätze:

Fürs erste hat die Besichtigung des todten Körpers und Untersuchung der Wunden zum Endzweck, um sich zu versichern, daß der Erschlagne an den empfangnen Wunden gestorben sey; dieser Zweifel aber muß nothwendig alsdenn wegfallen, wenn der Verwundete gleich nach erhaltner Wunde gestorben ist.

Fürs zweyte hat **Karl der fünfte** in jener Stelle der Halsgerichts-Ordnung die Besichtigung des todten Körpers nicht ausdrücklich anbefohlen, sondern nur angerathen, und also nicht gewollt, daß wenn selbige unterlassen worden, die ordentliche Strafe wegfallen solle, wie dieses die Worte: **in solchen Fällen mögen beyde Theile**, anzeigen.

Fürs dritte redet jener Artikel nur von dem Fall, wenn der Verwundete einige Zeit nach erhaltner Wunde gestorben ist, und man nicht weiß, ob derselbe an der Wunde gestorben sey: **so einer geschlagen wird, und über etliche Zeit darnach stürbe, also daß zweifelich wäre, ob er der geklagten Streich halber gestorben wär oder nicht.** Hier in unserm Fall aber ist dies ausser Zweifel, denn stirbt der Verwundete so fort nach erhaltner Wunde, so ist auch immer die gegründete Vermuthung da, daß er an der Wunde gestorben sey.

§. 4. Durch diese in der Halsgerichts-Ordnung liegende Gründe wird unsere Meinung so sehr bestärkt, daß alle die Zweifel, die man dagegen macht, von selbst wegfallen müssen. — Denn, wenn man uns einwirft, daß man keinen nach bloßen Vermuthungen verdammen müsse: daß oft die Ursach des Todes mehr in einem verborgnen Fehler oder Krankheit des Körpers, als der Wunde liegen könne: so muß man dagegen bedenken, daß hier nicht eine bloße Vermuthung da sey, da der Tod gleich auf die Verwundung erfolgt. Zu dem hat ja der Verwundete die Absicht zu tödten gehabt, ja diese Absicht ist offenbar, da er sich solcher Instrumente, womit einer leicht getödtet werden kann, bedienet hat. Und eben so ist der Verwunder die Ursach des Todes gewesen, wenn auch gleich ein anderer Zufall mit die Ursach des Todes sollte gewesen seyn, denn da dieser Zufall durch die beygebrachte Wunde zugleich verursacht ist, so ist dieser eben so wol als die Wunde selbst dem Verwunder zu zuschreiben, er leidet daher auch nicht ohne Grund eben die Strafe, die ein Todschläger leiden muß.

---

# Hundert sieben und zwanzigste Meditation.

Wenn ein Kauf wegen Verletzung aufgehoben wird: so höret auch zugleich die Hypothek auf, welche der Käufer während der Zeit auf die Sache einem andern gegeben hat.

§. 1.

So bald ein Kauf rechtsbeständig geschlossen, und die Sache dem Käufer übergeben ist: so erhält dieser zwar ein volles Eigenthum auf die gekaufte Sache, und kann zu dem Ende auch, einem Dritten eine Hypothek darauf geben. Allein, wenn dieser Kauf nachher wegen Verletzung aufgehoben wird, ob dann auch noch die Hypothek auf dieser Sache ruhen bleibe? Ist eine Frage, die so wenig in den Gesetzen bestimmt entschieden, als von den Rechtsgelehrten auf gleiche Art beantwortet ist.

§. 2. Diejenigen, welche behaupten, daß eine solche Hypothek nicht aufgehoben werde z), nehmen den Hauptgrund für ihre Meinung daher,

z) *Vinnius* select. iur. qu. lib. 2. cap. 5. *Struv* ex 23. §. 87. *Bachov* de pign. lib. 5. cap. 13. n. 5. et disp. ad Treutl. vol. 2. disp. 1. th. 2. lit. C.

her, weil der Käufer als Herr der Sache, berechtiget gewesen sey, einem Dritten die gekaufte Sache zur Hypothek zu geben. Da also eine solche Hypothek rechtmäßig constituiret sey, so müsse solche in dem Fall doch immer gültig bleiben, wenn gleich der Kauf wegen einer Verletzung aufgehoben werde.

§. 3. Dieser gegenseitige Grund, scheinet dem ersten Anblick nach wichtiger zu seyn, als er in der That ist. Wir gestehen es zwar gerne ein, daß der Käufer als Herr der gekauften Sache, auf eine gültige Weise selbige auch verhypotheciren könne: allein uns dünkt, daß man daraus noch nicht folgern könne, daß um deswegen, wenn der Verkäufer wegen Verletzung in der Kaufsumme auf die Rescißion des Kaufs klaget, und der Käufer diese Verletzung nicht ersetzen, sondern lieber die gekaufte Sache dem Käufer zurückgeben will, die Hypothek nicht aufgehoben werde.

§. 4. Es ist einmal gewiß, daß so bald ein Kauf aufgehoben wird, auch alle die Rechte, die der Käufer auf die Sache gehabt hat, aufhören, und er sein Eigenthum darauf verliehre. Hieraus folgt schon, daß die Rechte, welche der Käufer einem Dritten auf die Sache gegeben habe,

lit. C. *Lauterbach* Colleg. th. pr. tit. de resc. vend. §. 1. *Boehmer* intr. in jus dig. tit. quib. mod. pig. vel hyp. solv. §. 4.

habe, eben so wol aufhören; wenigstens ist der Verkäufer nicht schuldig, eine Sache, die er frey von aller Beschwerde verkauft hat, beschwert wieder zurückzunehmen, und einem Dritten diejenigen Rechte zu zustehen, welche ein anderer demselben gegeben hat. — Fürs andere haben die Gesetze a) auch selbst in andern Fällen, dem oben §. 2. angeführten gegenseitigen Grund gerade entgegen gesprochen. Nach den von uns angezognen Gesetzen, erlöscht die Hypothek, die auf eine unter dem pactum addictionis in diem, oder lege commissoria verkaufte Sache gegeben ist, wenn der Kauf nachher wieder aufgehoben wird, und hier hat doch der Käufer ein Eigenthum an der Sache gehabt.

§. 5. Es scheinet zwar, daß in beyden Fällen, wenn nämlich der Kauf wegen einer Verletzung, und wenn er wegen eines angehängten Bedings aufgehoben wird, allemal ein grosser Unterschied da sey. Aber es ist in der That doch

a) *L. 3. ff. quib. mod. pig.* Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem, meliorem conditionem invenisset, fuerit tradita, et forte emtor antequam melior conditio offeretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus lib. 5. digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata. -- *L. 4. §. 3 ff. de in diem addict.* -- pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset.

doch einerley, ob der Kauf vermöge der Gesetze selbst oder wegen eines von den Partheyen eingegangnen Bedings wieder aufgehoben wird. Dieser Unterschied kann daher auch hier keine verschiedne Wirkung hervorbringen; denn da in beyden Fällen der Kauf völlig aufgehoben wird; so bleibt auch in Ansehung des Erfolgs kein wesentlicher Unterschied mehr übrig.

§. 6. Der zweyte gegenseitige Grund ist dieser: Eine Hypothek, sagt man, bleibt immer auf der verkauften Sache ruhen b), wenn der Kontrakt nicht aus einer nothwendigen Ursach, sondern mit des Käufers freyen Willen aufgehoben wird. Will nun der Käufer die Verletzung in der Kaufsumme dem Verkäufer nicht ersetzen, so hebt er den Kauf freywillig auf, da es blos auf ihn ankam, ob er den Kauf halten wollte.

§. 7. Die Schwäche dieses Grundes ist so offenbar, daß selbst **Vinnius** der doch sonst die gegenseitige Meinung vertheidiget, dieses Argument als unerheblich verwirft. Denn der Käufer restituiret hier nicht freywillig die Sache, sondern die Gesetze sind es, die ihn dazu verbinden, wenn er die Verletzung nicht ersetzen will. Es läßt sich also jener Grund hier gar nicht anwenden, denn so bald jemand wozu verbunden ist, so fällt der freye Wille von selbst weg.

Und

b) L. 43. §. 8. ff. de aed. edict. L. 3. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.

Und dann müste ja auch eben das bey dem pactum addictionis in diem Statt finden, da es eben sowol bey dem Käufer steht, den Kauf zu halten, wenn er nur zu der dem Verkäufer angetragnen bessern Bedingung sich verstehen will, und doch urtheilen die Gesetze c) ganz anders.

§. 8. Von gleicher Unerheblichkeit ist auch der dritte gegenseitige Grund. Man sagt: ein dingliches Recht sey stärker als ein persönliches; da nun dem Gläubiger, vermöge der ihm gegebnen Hypothek, ein dingliches Recht, dem Verkäufer aber nur aus der *L. 2 C. de resc. emt.* ein persönliches Recht zustehe; so müsse auch dem erstern seine Hypothek ungekränkt bleiben, wenn gleich der Kauf aufgehoben werde.

§. 9. Diesen Satz können wir nicht so uneingeschränkt, als völlig richtig, einräumen; denn wenn die dem Gläubiger constituirte Hypothek demselben gleich ein dingliches Recht giebt, so kann ihm solches doch keinen Vorzug vor dem Recht des Verkäufers, was dieser auf die Sache selbst hat, geben, besonders alsdenn nicht, wenn das Recht des Käufers, von dem er die Hypothek hatte, so aufgehoben wird, als wenn er nie die Sache im Besitz gehabt hat d). Zudem hat der Verkäufer das älteste Recht an der Sache,

 und

c) Man sehe die in der Note a) angeführten Gesetze.

d) L. 31 ff. de pignoribus.

und da nun der Käufer den zu geringen Kaufschilling nicht erhöhen will, dem Verkäufer eben in diesem Fall frey steht, den Kauf so wieder aufzuheben, als wenn er nie geschlossen worden; so erhält dieser also auch sein erstes Recht und volles Eigenthum auf die Sache wieder, die ihm denn auch so frey muß restituiret werden, als er sie dem Käufer überliefert hat. In ähnlichen Fällen, davon wir einige im dritten Paragraph angeführet haben, verordnen die Gesetze ein gleiches.

§. 10. Endlich führet man noch diesen Grund an: wenn der Käufer an einem Dritten die Sache veräussert hätte, so könne der Verkäufer gegen diesen aus der *L. 2. C. de resc. emt.* keine Klage anstellen, es behalte also der dritte Besitzer das einmal erworbne Recht und Eigenthum, und dieses glaubet man, liesse sich eben so gut auf den Pfandgläubiger anwenden.

Aber diese Folge ist ganz falsch. Denn wenn der Käufer die Sache wieder veräussert hat, so kann der erste Verkäufer gegen diesen dritten Besitzer keine Klage wegen der Verletzung anstellen, weil dieser die Sache nunmehr als sein Eigenthum besitzt, und ein weit grössers Recht als der Verkäufer darauf hat. Mit der einem Dritten constituirten Hypothek verhält es sich ganz anders; denn hier hat der Käufer die Sache noch in Besitz, er ist noch Herr davon, und folglich kann gegen niemand als denselben geklagt wer-

den.

den. Hier ist also gar nicht, wie in jenem Fall die Rede, ob aus der *L. 2. C. de resc. vend.* auch gegen den dritten Besitzer könne geklagt werden.

§. 11. Dies werden ungefehr die Haupteinwürfe gegen die diesseitige Meinung e) seyn. Gesetze, worin das Gegentheil bestätiget ist, kann man uns nicht entgegen stellen. Hingegen können wir nicht nur unsere Meinung annalogisch aus den bereits angeführten Gesetzen erweisen; sondern selbst die Billigkeit redet dafür, denn da die Gesetze dem Verkäufer einmal das Recht gegeben haben, einen solchen unter dem halben Werth geschlossenen Kauf aufzuheben: so würde es in der That unbillig seyn, wenn dieser sich vorher erst darum bekümmern sollte, ob die von ihm verkaufte Sache, die er jezt wieder erhält mit Hypotheken belastet sey. Sollte er an eine solche Hypothek gebunden seyn, so würde er durch eine solche Aufhebung des Kaufs oft mehrern Schaden als Nutzen haben.

---



e) Dieser pflichten bey *Negusantius* de pign. membr. 1. part. 5. n. 43. *Fachineus* contr. iur. lib. 2. cap. 23. *Richter* part. 2. dec. 99. n. 222. *Cocceji* Jus contr. Tit. de rescind. vend. qu. 25.

# Hundert acht und zwanzigste Meditation.

Auswärtige Zeugen können von dem Producenten einigen Vorschus wegen ihrer Reise und Zehrungskosten verlangen, wenn sie solche selbst nicht gut auslegen können.

§. 1.

Daß der Zeugenführer schuldig sey, seinen Zeugen die Reise und Zehrungs = Kosten zu ersetzen, lehren unsre Gesetze f) so wol als auch selbst die natürliche Billigkeit. Sie sagen aber weiter nichts, als daß er diese Kosten stehen, nicht aber, daß er sie voraus bezahlen müsse. Diejenigen Rechtsgelehrten gehen also zu weit, welche annehmen, daß der Zeugenführer so gar auch verbunden sey, den Zeugen ihre sämtliche Kosten vorher zu bezahlen, wenn es von ihnen verlangt werde.

§. 2. Diese eben angeführte Meinung ist in der That nicht gegründet, und findet sich auch in den Gesetzen nirgends bestätiget. Es werden zwar

f) L. 11 et 16. C. de testib. L. 3. §. 4 ff. eod. tit.

g) *Martini* ad ord. processſ. Sax. Tit. 20. §. 1. n. 464. ibique alleg. *Berger* elect. diſc. for. pag. 726.

zwar einige Gesetze h) zum Beweis denselben angeführet; allein was die hier beweisen sollen, kann man um so weniger einsehen, da in selbigen von diesem Fall gar nicht gehandelt wird.

Wir müssen daher auch billig diese Meinung verwerfen i), besonders da in den Gesetzen von der Vorausbezahlung nichts enthalten, solche auch der Regel nach in keinen andern Fällen erfordert wird, und überhaupt eine solche Lehre, so wol den Lauf des Prozesses aufhalten, als auch zu vielen andern Weitläuftigkeiten Anlaß geben könnte. Die Zeugen hätten alsdenn die beste Gelegenheit, fürnämlich wenn sie nicht gerne ein Zeugnis in der Sache ablegen wollten, erst große Kostenrechnungen zu machen, und dadurch die Sache hinzuhalten. Wollte sich nun der Zeugenführer zu deren Erstattung nicht völlig verstehen: so müste er sich entweder erst mit den Zeugen darüber vergleichen, oder bey dem Richter um eine billigmäßige Moderation anhalten. Was würde und könnte dieses aber nicht alle vor Weitläuftigkeiten machen, besonders wenn die Zeugen die von dem Richter vorgenommene Moderation nicht annehmen wollten. Dieses alles aber ist in dem Fall nicht zu befürchten, wenn die Zeugen nachher ihre Rechnung machen.

§. 3. Es kann sich aber doch oft zutragen, daß die Zeugen wegen ihres geringen Vermögens,



h) L. pen. C. de test. L. 13. §. 9. C. de iudic.

i) *Wernher* part. 6. obs. 370.

gens, die zur Reise und Zehrung erforderliche Kosten, nicht selbst vorzuschiessen im Stande sind, und daher ohne ihren Schaden solche nicht antreten können. Hier ist es nun nichts mehr als höchst billig und gerecht, daß der Zeugenführer wenigstens einige der nothwendigen Kosten vorschiesse.

Dies wurde auch in einem vorgekommenen Fall von dem Richter erkannt, als einige von den Zeugen, die wegen ihrer schwächlichen Gesundheits-Umstände und der schlechten Witterung, die einige Meilen weite Reise zu Fuß nicht antreten, und wegen ihres geringen Vermögens keine Pferde zu jener Reise miethen konnten, vorher einigen Vorschus zu dieser Reise verlangten.

# Hundert neun und zwanzigste Meditation.

Wenn in dem, in der Hauptsache gefälleten, und in die Rechtskraft gegangnen Urthel, die Früchte und Nutzungen übergangen sind, so können dieselben nicht besonders gefordert werden.

## §. 1.

Cajus hatte wider den Titius die Eigenthumsklage (rei vindicatio) angestellt, und gebeten

beten Beklagten zur Abtretung des Gartens cum omni causa anzuhalten. Beklagter wurde auch in dem Urthel dazu schuldig erkannt, jedoch die Früchte und Nutzungen übergangen.

Cajus ließ dieses Urthel rechtskräftig werden, klagte aber nach einiger Zeit wider den Titius auf die von demselben gehobene Früchte; welcher aber dem Kläger die exceptio rei iudicatae entgegen setzte. Es entstand daher die Frage, ob Cajus die in dem Urthel übergangne Früchte durch eine besondere Klage fordern könne?

§. 2. Einige Rechtsgelehrte f) sind zwar der Meinung, daß Früchte und Nutzungen falls selbige in dem Urthel übergangen sind, besonders eingefordert werden können; allein ihre Behauptung widerspricht den klaren Worten der Gesetze. Die *L. 5. C. de fruct. et lit. exp.* verordnet deutlich: *terminato transactoque negotio, post hac nulli actio neque ex rescripto super sumtuum praestatione praestetur, nisi iudex, qui de principali negotio sententia promulgavit, comminus partibus constitutis, iuridica pronunciatione significaverit victori causae restitui debere expensas, aut super his querelam iure competere. Post absolutum enim dimissumque iudi-*



f) *Brunnemann* ad L. 35. ff. de rei vindic. n. 3. *Pistor* obs. 2. n. 10.

*iudicium, nefas est litem alteram consurgere ex litis primae materia* l).

§. 3. Dieses Gesetz ist an und für sich deutlich genug, daß es keiner weitern Erleuterung desselben bedarf.

Ueberhaupt muß ein jeder zugeben, daß Früchte nichts weiter als accessoria der Hauptsache anzusehen sind. Das in der Hauptsache gesprochne Urthel erstrecket sich also auch mit auf die Früchte, und sind diese übergangen, so ist der Beklagte von der Erstattung derselben frey gesprochen: er kann sich daher auch mit Beystand der Rechte mit der exceptio rei iudicatae gegen eine deswegen erhobne Klage schützen m).

§. 4. Die unserer Meinung entgegen stehende Zweifelsgründe, lassen sich auch leicht heben. Man setzt uns nämlich die *L. 42. ff. de re iud.* und die *L. 35. §. 1. ff. de rei vind.* entgegen, aber beyde Gesetze reden von unserm Fall keineswegs, wie eine kurze Betrachtung derselben lehren wird.

So ist in der *L. 42. ff. de re iud.* enthalten, daß der Richter nach eröffneten Urthel die Verdammung in die Kosten und Früchte derselben

l) Mit diesem Gesetz stimmen überein die L. 46. depos. und L. 13. C. de usuris.

m) L. 5 ff. de except. rei iud.

ben hinzufügen könne: allein da ist ja nur von dem Supplement des Urthels die Rede, welches nach jenem Gesetz an einen Tag gebunden ist. Die *L. 35. §. 1. ff. de rei vind.* aber sagt nur, daß der Richter mit auf die Kosten und Früchte erkennen solle: allein daß solche das Urthel stillschweigend in sich begreife, davon wird nichts gesagt, und widerstreitet auch den für unsere Meinung angeführten Gesetz.

Es ist daher kein ander Mittel übrig, wenn sich der Kläger wegen der in dem Urthel übergangnen Kosten und Früchte beschweret findet, als daß er das Urthel durch ein suspensiv Mittel von der Rechtskraft suspendire, und seine Beschwerden dagegen gehörig ausführe n).

Hundert

n) *Carpzov* lib. 1. resp. 79. n. 16. *Mevius* part. 3. dec. 420. *Stryk* U. M. Tit. de rei vind. §. 15. in fin. *Leyser* spec. 99. m. 8. *Hellfeld* iurispr. for. Tit. de rei vind. §. 91. Strubens rechtl. Bedenk. Theil 1. Bed. 63.

# Hundert und dreyßigste Meditation.

Verbrauchte Früchte restituiret der bonae fidei possessor, wenn wider denselben die Eigenthums-Klage angestellet worden, nicht, wenn er auch gleich reicher dadurch geworden.

§. 1.

Wenn wider den bon. fid. possessor die Eigenthums-Klage angestellet ist, so braucht er nichts weiter als die in Besitz gehabte Sache, nebst den davon gehobnen Früchten in so weit selbige noch da, und nicht verjährt sind, dem wahren Herrn heraus zu geben. Unter den Rechtsgelehrten o) aber ist es noch streitig, ob

o) Unserer Meinung sind *Struv* ex 11. §. 23. *Boehmer* intr. in ius dig. Tit. de rei vind. §. 11. *Stryk* U. M. eod. tit. §. 12. *Cocceji* J. C. eod. tit. qu. 8. *Leyser* spec. 99. med. 4. *Wernher* part. 1. obs. 318. *Henr. Bocceji* de iure feminis Sect. 3. §. 21. *Madihn* de b. f. possessore singulari a restitutione fructuum perceptorum immuni.

Die gegenseitige Meinung behaupten *Carpzov* part. 3. const. 32. def. 28. *Covarruvius* var. resol. lib. 1. cap. 3. *Faber* coniect. libr. 4. cap.

ob nicht in Ansehung der verbrauchten Früchte dem bon. fid. possessor eine gleiche Verbindlichkeit obliege, wenn er dadurch reicher geworden.

Da in den Gesetzen selbst diese Frage nicht entschieden ist, so ist es auch nicht zu verwundern, wenn die Entscheidung derselben, so verschieden ausgefallen ist. Wir übergehen die verschiednen Meinungen die man über diese Frage, besonders bey den alten Rechtsgelehrten antrift, und wollen nur die Gründe, die uns zur Annehmung unserer Meinung bewogen haben, hier anführen, demnächst aber auch die gegenseitigen darnach beurtheilen.

§. 2. Wir haben schon gesagt, daß keine gesetzliche Entscheidung über diese Frage da sey: wir hoffen aber doch, daß die Gründe die für unsere Meinung streiten, so beschaffen sind, daß sie einen jeden von der Wahrheit unserer Behauptung werden überzeugen können. Es ist überhaupt eine bekannte Rechtsregel, *quod bona fides tantum praestet quam veritas* p) und die Gesetze q) sagen ausdrücklich: daß die Früchte,

cap. 17. *Pistor* qu. iur. lib. 4. qu. 25. *Hopp* ad §. 35. J. de rer. div. *Moeckert* de bon. fid. possessore singulari a restitutione fructuum perceptorum non immuni.

p) L. 136 ff. de reg. iur.

q) *L. 48. pr. ff. de adq. rer. dom.* Bonae fidei emtor non dubie, percipiendo fructus etiam ex alie-

te, die der bonae fidei possessor aus einer fremden Sache zieht, wie seine eigne anzusehen wären. Hier haben wir also schon einen wichtigen Grund für uns, dieses auch in Absicht der Früchte zu behaupten, die der bon. fid. possessor bereits verbraucht hat: sollte er gleich reicher dadurch geworden seyn, so kann dieses doch die Entscheidung nicht ändern, denn wenn der in dem Gesetz angeführte Entscheidungsgrund wahr ist, daß in Ansehung der Früchte der bon. fid. possessor dem wahren Herrn gleich gehalten werde, so muß solches auch noch vielmehr von den Früchten gelten die bereits verbraucht sind.

§. 3. Allein diese Entscheidung wird noch mehr auser Zweifel gesezt werden, wenn wir zu derselben noch hinzusetzen, daß den Rechten r) nach der wahre Herr wider den bon. fid. possessor wegen der von demselben verbrauchten Früchte keine Klage anstellen könne. Wollte er gegen den bon. fid. possessor klagen, so müste er entweder eine dingliche, oder persönliche Klage anstellen, zu beyden aber fehlet der Grund der Klage. Denn wie kann hier wol die Eigenthums-Klage eintreten, da die Früchte selbst nicht mehr da

aliena re, suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est. -- *Conf. L. 22. C. de rei vind.*

r) §. 35. *J. de rer. div.* Et ideo si postea dominus

da sind, und also das Objekt der Klage fehlet s). Eben so verhält es sich auch mit den persönlichen Klagen; denn der bon. fid. possessor hat die Früchte als sein Eigenthum verbraucht, und ist folglich nicht schuldig davon Rede und Antwort zu geben t).

§. 4. Durch diese in der Kürze zusammengezogne Gründe haben wir schon so viel erwiesen, daß unsere Meinung mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen übereinstimme, und nicht undeutlich selbst in den Gesetzen so entschieden werde.

Aber die Gründe, welche zur Bestärkung der gegenseitigen Meinung angeführet werden, sollen uns noch dazu dienen, unsere Behauptung ausser Zweifel zu setzen.

§. 5. Den Haupteinwurf nimt man von der Erbschaftsklage her. Es ist nämlich bekannt, daß derjenige der eine fremde Erbschaft unwissend besitzet, schuldig sey dem wahren Erben die Erbschaft

nus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. §. 2. *J. de off. iud.* -- Si vero bonae fidei possessor fuerit, non habetur ratio neque consumtorum, neque non perceptorum.

s) L. 6. 27. §. 1. L. 36 ff. de rei vind.

t) *L.* 4. §. 2. *ff. fin. reg.* -- Sed ante iudicium percepti non omni modo hoc in iudicium provenient: aut enim bona fide percepit et lucrari eum oportet, si eos consumsit: aut mala fide, et condici oportet.

schaft und auch die verbrauchten Früchte, in so weit er reicher dadurch geworden, erstatten müsse u). Hievon zieht man nun die Folge auf unsern Fall, und glaubt, daß das, was bey der Erbschafts-Klage in diesem Fall Recht sey, auch bey der Eigenthums-Klage seyn müsse.

Wer siehet aber nicht ein, daß man hier a iudicio universali ad singulare schliesse. Eine ganz andere Bewandnis hat es mit der Restitution einer Erbschaft, und einer einzelnen Sache. Dort wird der aus den gehobenen Früchten gemachte Vortheil, als ein Theil der Erbschaft angesehen, und muß daher auch mit restituiret werden v). Aber hier fällt dieser Grund völlig weg, da in iudicio singulari, der von der Sache erhaltne Werth nicht in die Stelle der Sache tritt.

§. 6. Aber ist es denn nicht unbillig, daß sich hier der bonae fidei possessor mit dem Schaden eines andern bereichere, widerstreitet das, nicht jener allgemeinen Rechtsregel, nach welcher sich niemand mit dem Schaden eines Dritten bereichern soll w), und sagen die Rechte nicht

u) *L. 25. §. 11. ff. de hered. pet.* Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. -- *Conf. L. 1. C. eod. tit.*

v) L. 20. §. 3 ff. et L. 22. C. de hered. pet.

w) L. 260 ff. de reg. iur.

nicht ausdrücklich, daß man das nicht für verbraucht halten könne, wodurch der Besitzer reicher geworden x)?

Diese Einwürfe können hier, — so richtig sie übrigens gleich sind, — keine Anwendung finden. Jene Regel, daß sich niemand mit dem Schaden eines Dritten bereichern soll, trift den bon fid possessor, wie schon aus dem vorhergehenden klar ist, gar nicht. Der bon. fid. possessor besitzt die Sache so wie sein Eigenthum, und ist wie der wahre Herr derselben anzusehen, alle die Früchte, die er also aus derselben zieht, kann er verkaufen, verbrauchen, und kurz wie der wahre Herr damit anfangen, was er will. Und in der That leidet ja auch der wahre Herr keinen Schaden, da die verbrauchte Früchte nicht als ein Theil seines Eigenthums anzusehen sind, folglich er auch nichts verlieret. Zu dem findet aber auch jene Regel nur bey persönlichen nicht aber bey dinglichen Klagen Statt. Und so ist auch der andere Einwurf zugleich mit gehoben. Denn da wir hier nicht von der Restitution eines ganzen Vermögens, sondern einer einzelnen Sache reden, welche aber nicht anders, als wenn sie noch da ist, restituiret werden kann, so ist auch die Folge, die man von jener auf diese machen will, in allem Betracht falsch und unrichtig.

§. 7.

x) L. 70. §. ult. et seqq. ff. de leg. I.

§. 7. So können uns auch alle die Stellen des römischen Rechts y), die man noch zur Begründung der gegenseitigen Meinung anzuführen pflegt, nicht entgegen stehen. Es würde unnütz seyn, jedes Gesetz hier besonders zu prüfen, und bey jedem zu zeigen, wie wenig solches mit unserm Fall in Verbindung stehe. Wer sich nur die Mühe geben will, selbige nachzuschlagen, der wird bald finden, daß dieselben von ganz andern Fällen reden. Denn so ist z. B. nach der *L. 50. ff. et 8. C. de don. int. vir et uxor* der Mann um deswillen schuldig, in so weit er durch die Schenkung reicher geworden ist, selbige zu restituiren, weil Schenkungen zwischen Mann und Frau, in so weit der beschenkte Theil dadurch reicher geworden, verbothen sind. Und eben so verhält es sich mit den übrigen Gesetzen.

§. 8. So unerheblich ist also alles dasjenige, was man zum Beweis der gegenseitigen Meinung anzuführen pflegt. Zwar können wir nicht leugnen, daß in der Praxis oft nach derselben gesprochen werde, wie die für unsere Meinung angeführte Rechtsgelehrte bezeugen; aber wenn wir nach der Theorie des Rechts urtheilen wollen, so darf uns auch die Praxis, wenn dieselbe den Gesetzen zuwider, nicht irre machen.

Hun-

y) L. 50. ff. et L. 8. C. de don. int. vir. et ux. L. 27. §. 1. ff. de min. L. 3. ff. comm. L. 13. ff. de reb. eor. qui sub tut. L. 16. C. de præd. et aliis reb. min.

# Hundert ein und dreyßigste Meditation.

Wenn ein im Konkurs sich nicht gemeldeter Gläubiger in integrum restituiret wird, so kann er von den ihm nachstehenden Gläubigern, dasjenige wieder fordern, was sie nicht würden erlangt haben, wenn er gehörig klassificiret wäre.

§. 1.

Daß einem Gläubiger, wenn über das Vermögen seines Schuldners ein Konkurs entstanden, und er sich nicht gemeldet hat, die Wiedereinsetzung in vorigen Stand zu statten kommen müsse, falls er nur einige Ursachen zur Begründung derselben anzuführen vermag, ist keinem Zweifel unterworfen. Ob aber auch ein solcher Gläubiger von den jüngern Gläubigern dasjenige, was dieselben aus dem Konkurs erhalten, zurückfordern könne, um zu seiner Bezahlung zu gelangen, ist noch nicht ausgemacht z), und die Entscheidung ist um deswegen desto grös-



z) Es behauptet solches Struben in rechtl. Bed. Theil 1. Bed. 68. Hingegen verneinet es *Martini* ad proc. Tit. 41. §. 1. n. 53. *Leyser* sp. 490. m. 2.

serer Schwierigkeit unterworfen, da jener Fall durch die Gesetze nicht entschieden ist.

§. 2. Wir haben behauptet, daß der ältere Gläubiger, wenn er in vorigen Stand gesetzt worden, von den jüngern, das was sie erhalten, wieder zurückfordern könne, und sind daher auch schuldig die Gründe davon anzuführen.

Die Wirkung der Restitution bringt es mit sich, daß alles in vorigen Stand muß gesetzt werden. Der präkludirt gewesene Gläubiger also, in dem ihm die Restitution nicht abgesagt werden kann, erlangt eben die Rechte, die er würde gehabt haben, falls er sich gemeldet hätte, und tritt daher in die Stelle, die ihm in Absicht seiner Forderung gebühret.

Der Grund, warum hier der jüngere Gläubiger zur Bezahlung seiner Fordrung gelangt, lag blos allein darin, weil sich der ihm vorstehende Gläubiger nicht gemeldet hatte. Jezt aber fällt dieser Grund weg, und man kann daher dasjenige, was der jüngere Gläubiger erhalten hat, als ein indebitum mit Recht ansehen, *quamvis enim debitum quis sibi recipiat, tamen si is, qui dat, non debitum dat, repetitio competit* a), da eigentlich das Geld, womit seine Forderung getilget ist, nicht ihm, sondern dem ältern Gläubiger gehörte.

§. 3.

a) L. 19. §. 1. ff. de cond. indeb.

§. 3. Die Einwürfe die man uns dawider macht, und wodurch zugleich die gegenseitige Meinung erwiesen werden soll, liegen in der *L. 44. ff. de cond. ind.* und *L. 1. §. 12. ff. de separ.*

Das erstere Gesetz enthält die Regel: *repetition nulla est ab eo: qui suum recipit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum sit.* Allein der scheinbare Widerspruch, der zwischen diesem Gesetz und der *L. 19. §. 1. ff. de cond. ind.* ist, läßt sich leicht heben. Denn so redet die *L. 44. ff. de cond. ind.* von dem Fall, wenn einer wissentlich für den wahren Schuldner bezahlt hat, die *L. 19. ff. eod. tit.* wenn man für sich selbst bezahlt hat, was man nicht schuldig war b).

Die *L. 1. §. 12. ff. de separ.* aber läßt sich auf gegenwärtigen Fall nicht anwenden. Es redet dieses Gesetz von dem Fall, wenn die Erbschafts-Güter und die Güter des Erben so mit einander vermischt sind, daß man nicht weiß, welche zu erstern und welche zu letztern gehören, und verordnet, daß alsdenn die Absonderung nicht mehr Statt finde. Hier aber weiß man ja, was der jüngere Gläubiger erhalten hat, und fällt also alle Schwierigkeit dabey weg.



b) *Brunnemann* ad L. 19 ff. de cond. indeb. n. 1. *Carpzov* part. 2. const. 24. def. 10.

Vergleichen wir nun noch beyde Meinungen mit einander, so werden wir gewiß finden, daß unsere Meinung immer den Vorzug verdiene, da selbige so wol den Rechten als der Billigkeit mehr angemessen ist.

---

# Hundert zwey und dreyßigste Meditation.

Ein zwischen Vater und Sohn, der noch in der väterlicher Gewalt ist eingegangner Kontrakt, ist auch heut zu Tage unverbindlich.

§. 1.

Nach dem römischen Recht war es ein durch die Gesetze c) bestärkter Satz, daß Vater und Sohn als eine Person angesehen wurden. Es konnte deswegen unter beyden auch kein Kontrakt eingegangen werden, da keiner mit sich selbst Kontrakte schliessen kann. So ungezweifelt dieses gleich nach dem römischen Recht ist, so wenig gewiß ist es doch, ob wir uns auch noch heut zu Tage nach jener Verordnung richten,

c) §. 4 et 6. J. de inutil. stip. L. 50 ff. ad Sct. Trebell. L. 16 ff. de furt. L. ult. C. de imp. et al. subst. L. 22. §. 1. C. de agr. et cens. L. 4 ff. de reg. jur.

ten, und ob daher ein Kontrakt, welchen der Vater mit seinem in der väterlichen Gewalt noch habenden Sohn geschlossen, gültig sey.

§. 2. Es giebt Rechtsgelehrte b) die einem solchem Kontrakt um deswegen eine verbindliche Kraft beylegen wollen, weil wir in vielen Stükken, die Lehre von der väterlichen Gewalt, so wie sie uns in den römischen Recht vorgetragen, nicht angenommen haben.

Aber das fehlerhafte einer solchen Folge, muß ein jeder bald einsehen. Sind wir gleich in vielen Stücken von jenen römischen Verordnungen abgewichen, und ist gleich bey uns die väterliche Gewalt weit mehr eingeschränkt: so können wir davon doch nicht gleich einen allgemeinen Schluß auf den völligen Nichtgebrauch herleiten. Wir haben einmal das römische Recht angenommen, mit demselben also auch zugleich dasjenige, was darin von der väterlichen Gewalt verordnet ist. Nur da wo es sich nicht mehr auf unsern Staat passet, oder da, wo besondere Landes-Gesetze sind, fällt freylich dasselbe weg.

Wer kann aber wol behaupten, daß in Absicht jener Verordnung das römische Recht unserer



b) *Gudelinus* de iur. nov. lib. I. cap. 13. n. 5. *Bachov* ad Wesenb. n. 4. *Thomasius* de usu pract. tit. Inst. de patr. potest. cap. 2. §. 12. not. X. et in annot. ad J. tit. de pat. potest.

Staatsverfassung zuwider sey. Es enthält dieselbe in diesem Stücke ja nichts unbilliges und hartes, sondern ist vielmehr in allen Betracht heilsam und nützlich. Denn so lange der Sohn der väterlichen Gewalt noch unterworfen ist, kann er gegen seinen Vater nicht so handeln, als wenn er völlig frey wäre, er steht unter seiner Gewalt und diese hindert oft eine freye und ungezwungene Einwilligung, die doch vornämlich zu jedem Kontrakt erfordert wird.

Zwar sagt man; daß dadurch wenn ein Vater mit seinem Sohn einen Kontrakt schliesse, er denselben in Absicht dieser Handlung gleichsam aus seiner väterlichen Gewalt zu entlassen schiene. Allein zu geschweigen, daß eine solche Fiktion durch keine Gesetze unterstützet wird, so würden doch auch dadurch die Vermuthungen nicht wegfallen, daß der Sohn nicht frey und ungezwungen gehandelt habe.

Es ist daher auch kein Zweifel, wie auch selbst die mehrsten Rechtsgelehrten e) bezeugen, daß auch heut zu Tage ein Kontrakt, dem der Vater mit seinem in der väterlichen Gewalt habenden Sohn geschlossen, ungültig sey.

Hundert

e) *Stryk* U. M. Tit. de his qui sui vel al. iur. sunt §. 3. *Beyer* delin. iur. civ. eod. tit. §. 1. et in spec. iur. germ. lib. 1. cap. 26. §. 15. *Boehmer* intr. in ius dig. tit. de pact. §. 3. *Wernher* part. 5. obs. 189. *De Selchow* elem. iur. germ. lib. 2. cap. 2. tit. 1. §. 491.

# Hundert drey und dreyßigste Meditation.

Dem Gläubiger steht es frey, wenn er gleich einen von seinen correis belanget hat, diesen fahren zu lassen, und einen andern auf das Ganze zu belangen.

§. 1.

Titius hatte den drey Brüdern Sempronius ein Kapital von 1000 Rthl. vorgestreckt. In der darüber errichteten Handschrift, hatten sich gedachte drey Brüder als correi debendi den Gläubiger verbunden. Der Gläubiger stellte daher gegen den zweyten Bruder Klage an, und belangte denselben aufs ganze Kapital, ehe er aber die Bezahlung erhielt, ließ er die Klage liegen, und klagte gegen den Dritten. Dieser aber wollte sich auf die Klage nicht einlassen, sondern setzte dem Kläger die exceptio litis pendentis entgegen, und behauptete, daß der Gläubiger schuldig sey, sich an denjenigen zu halten, den er zuerst belangt habe.

§. 2. Dem Beklagten schien zwar die Verordnung einiger Gesetze f) zu Statten zu kommen,



f) *L. 2 ff. de duob. reis.* Cum duo eandem pecuniam aut promiserint, aut stipulati sint: ipso iure

men, nach welcher dem Gläubiger nicht frey steht, falls er einen von seinen correis belangt hat, denselben fahren zu lassen, und einen andern zu belangen. Allein hält man gegen jene Gesetze die in der *L. 28. C. de fideiuss.* enthaltene Verordnung; so wird man bald einsehen müssen, daß man aus jenen oben angeführten Gesetzen weiter keine Entscheidung hernehmen könne, da selbige durch dieses als ein neues Gesetz aufgehoben sind g). So heißt es: *generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta, alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari. Invenimus etenim, et in fideiussorum cautionibus plerumque ex pacto huiusmodi causae esse prospectum; et ideo generali lege sancimus, nullo modo electione unius ex*

re et singuli in solidum debentur, et singuli debent, ideoque petitione, acceptatione unius tota solvitur obligatio.
*L.* 16. *C. de fideiuss.* Liberum fuit, antequam lis adversus omnes fideiussores contestaretur, unum eorum eligere creditori, si modo cæteros minus idoneos existimaret. At nunc post litis contestationem petitionem divisam redintegrari, iuris ratio non patitur.
*Schilter* ex 48. §. 17 et 26. *Stryk* caut. contr. Sect. 2. cap. 5. §. 16. *Müller* de odio variationis cap. 3. §. 13.

g) *Carpzov* part. 2. const. 17. def. 21. *Struv* ex 47. §. 26. *Brunnemann* ad L. 2. ff. de duob. reis et ad L. 28. C. de fideiuss. *Leyser* spec. 522. med. 6.

*ex fideiussoribus, vel uno ex his electo, liberationem mereri, nisi satisfiat creditori: sed manere ius integrum, donec in solidum pecuniae ei persolvantur, vel alio modo satis ei fiat. Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes: sed remanere et ipsi creditori actiones integras, et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat.*

§. 3. Bey einer so klaren und deutlichen gesetzlichen Entscheidung muste daher der Beklagte, da er die Forderung selbst eingestehen muste, und sonst auch keine erhebliche Einreden vorbringen konnte, nothwendig zur Bezahlung der 1000 Rthlr. schuldig erkannt werden. Auf die aber von ihm entgegen gesetzte exceptio litis pendentis konnte um deswegen nicht geachtet werden, da, wenn selbige mit Beystand der Rechte gebraucht werden soll, nothwendig erfordert wird, daß über ein und eben dieselbe Sache, von eben dem Kläger gegen ein und eben denselben Beklagten, Klage erhoben werde h).

---

Hundert

h) *Mevius* part. 7. dec. 22. n. 2. *Martini* ad proc. Tit. 11. §. 2. n. 448.

# Hundert vier und dreyßigste Meditation.

Wenn einer von den correis bezahlt hat, so kann er gegen die übrigen seinen Regreß nehmen.

§. 1.

In dem in der vorhergehenden Meditation erzählten Fall, hatte der eine von den drey sich correaliter verbundnen Brüder, die 1000 Rthlr. dem Gläubiger ausgezahlet. Dieser forderte nachher von seinen beyden Brüdern, daß sie ihm desfalls schadlos halten, und ihren schuldigen Theil auszahlen sollten, welches zu thun aber sie sich weigerten. Es entstand daher die Frage, ob der correus der die ganze Schuld bezahlt hatte, gegen die übrigen seinen Regreß nehmen könne? Die Rechtsgelehrten sind hierin nicht gleicher Meinung, einige verneinen i), andere bejahen k) jene Frage, noch andere l) machen

i) *Faber* conieĉt. lib. 11. cap. 6. 12. 17. *Heigius* qu. iur. civ. et sax. part. 1. qu. 37. n. 11. *Hopp* ad §. 1. J. de duob. reis.

k) *Carpzov* part. 2. const. 17. def. 14. *Brunnemann* ad L. 2. C. de duob. reis. *Stryk* U. M. eod. tit. §. 41. *Cocceji* de caut. correali §. 41.

l) *Perez* ad C. Tit. de duob. reis n. 12. *Struv* ex 47. §. 28. *Boehmer* Tit. de duob. reis §. 11.

chen einen Unterschied, ob nämlich die correalis obligatio entweder aus einer causa lucrativa, oder onerosa herrühret, in erstern Fall vernei- nen sie obige Frage, in andern Fall aber beja- hen sie solche.

§. 2. Bey diesen verschiednen Meinungen, halten wir diejenige für die gegründeste, nach welcher die übrige correi zur Schadloshaltung verbunden sind. Nicht blos die Billigkeit redet dafür, sondern selbst die Gesetze entscheiden auf eine gleiche Art jene Frage. Die *L. 2. C. de duob. reis* sagt deutlich: *Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi eiusdem pecuniae a quo velit, et ideo si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciae iuvare te adversus eum cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur.*

§. 3. Dieses Gesetz, welches der gegensei- tigen Meinung grade entgegenstehet, sucht man dadurch zu entkräften, und die gesetzliche Ent- scheidung desselben verdächtig zu machen, wenn man vorgiebt, daß jenes Gesetz entweder vom **Tribonian** oder einem andern Rechtsgelehrten verfälscht sey. Aber forschen wir nach dem Grund jener Behauptung, so werden wir keinen antreffen, oder wenigsten nur einen solchen der in lauter Muthmassungen beruhet. Wir können daher auch so lange uns an dieses Gesetz halten, bis man uns von dem Gegentheil besser überfüh-

ret.

ret. Eben so wenig kann man auch jenes Gesetz, wie einige m) wollen, blos von solchen correis verstehen, die mit einander in einer Societät stehen, denn das widerspricht den Worten des Gesetzes offenbar. Das Gesetz sagt ja nicht, daß der correus von dem andern seinen Theil fordern können, weil sie Societäts-Genossen, sondern weil sie correi sind, wie die Worte *cum sint duo rei promittendi* deutlich ausweisen.

Allein, wirft man uns noch ein, ist nicht jeder correus für die ganze Schuld verhaftet; ist nicht blos eine einzige Schuld, und nicht so viele, als correi sind, da; und ist nicht, wenn einer bezahlt, die ganze Schuld getilget?

Wir können es zugeben, daß eine correalis obligatio nur eine Schuld enthalte, aber daraus folget noch nicht, daß um deswegen, die übrigen correi, gegen den andern der bezahlt hat, in keiner Verbindlichkeit stehen; denn so viele Personen da sind, die sich correaliter verbunden, eben so viele Verbindlichkeiten sind auch unter denselben n). Ist daher eine, von den Verbindlichkeiten, nämlich dem Gläubiger die ganze Schuld zu bezahlen, aufgehoben; so bleibet dennoch die Verbindlichkeit der correorum unter einander bey Kräften, und vermöge dieser sind sie schuldig denjenigen, der bezahlt hat, schadlos zu halten.

§. 4.

m) *Eck* de ceff. act. §. 12.
n) L. 9. §. 2 ff. de duob. reis.

§. 4. Hieraus wird man nun auch leicht einsehen, daß der von einigen Rechtsgelehrten gemachte Unterschied, wodurch sie jene Streitfrage zu entscheiden glauben, völlig wegfalle. Wir treffen davon in den Gesetzen keine Spur an; das für unsere Meinung angeführte Gesetz redet auch ganz deutlich, und deswegen wird die Entscheidung jener Frage auch nicht anders ausfallen können, wenn gleich eine causa lucrativa zum Grunde liegen sollte.

§. 5. Schlieslich wollen wir hier nur noch die von den Rechtsgelehrten so verschieden beantwortete Frage; was vor eine Klage denn der correus wider die andern correos anstellen müsse? berühren. Wir glauben, daß man hier immer auf die verschiednen Umstände Rücksicht nehmen müsse, und daß dem correo bald die actio negotiorum gestorum, bald die actio mandati, bald die actio pro socio u. dergl. zustehe.

# Hundert fünf und dreyßigste Meditation.

Correi debendi haben das beneficium divisionis.

§. 1.

Bey Entscheidung der streitigen Rechtsfrage, haben correi debendi auch das beneficium divisionis? kömmt es hauptsächlich auf den rechten Verstand der Nov. 99. an, da so wol die Rechtsgelehrten o) die solches den correis absprechen, als auch diejenigen p) die ihnen solches zu gestehen, in gedachter Novelle den Grund ihrer angenommenen Meinung zu finden glauben.

§. 2.

o) *Treutler* vol. 2. disp. 27. §. 9. lit. 1. *Franzkius* ex 10. qu. 3. *Bronchorst* cent. 4. ass. 51. *Huber* præl. iur. civ. sec. ord. J. tit. de duob. reis. *Heineccius* elem. iur. civ. eod. tit. §. 845. *Eck* de cessione actionum §. 12.

p) *Carpzov* part. 2. const. 17. def. 13. *Mevius* part. 6. dec. 297. n. 2. *Schilter* ex 48. §. 54. *Hahn* ad Wesenb. Tit. de duob. reis n. 5. *Gail* lib. 2. obs. 14. n. 5. *Stryk* U. M. Tit. de duob. reis §. 5. *Cocceji* J. C. eod. tit. qu. 9. *Cocceii* de cautione correali §. 53. *Puffendorf* Tom. 2. obs. 77.

§. 2. Der Herr Vice-Präsident von Puffendorf hat in der angeführten Observation jene Novelle schon aus dem griechischen Text weitläuftig erkläret, und gezeigt, daß selbige allerdings mit von den correis debendi rede.

Hierauf kömmt es auch hauptsächlich an, da die Gegner die Novelle nur von solchen correis, die sich für einander verbürget, wollen verstanden wissen. Sehen wir aber die Novelle selbst an, geben wir auf die Veranlassung derselben Acht, so müssen wir nothwendig zugeben, daß solche allerdings mit von correis debendi rede.

§. 3. Schon vor Justinians Zeiten hatten die Bürgen, wenn einer von denselben von dem Gläubiger aufs Ganze belanget wurde, die exceptio divisionis q). Diese Rechtswohlthat, war allen Bürgen ohne Unterschied gegeben, und erstreckte sich daher auch auf solche correi die sich für einander verbürget hatten. Ganz anders aber verhält es sich mit den correis, denn diese waren jeder aufs Ganze verbunden, und konnten auch jeder aufs Ganze belanget werden, so daß sie sich mit der exceptio divisionis nicht schützen konnten r). Sollte daher jene Novelle nur blos von solchen correis, die sich für einander verbürget haben, verstanden werden, so wäre

q) §. 4. J. L. 26 et 51. §. 1 ff. de fideiuss.
r) L. 2 ff. et L. 2 C. de duob. reis.

re dieselbe in allem Betracht überflüßig, indem, wie wir gezeigt, dergleichen correi schon vor der Novelle diese Rechtswohlthat hatten.

§. 4. Natürlicher Weise also redet die Novelle von allen und jeden correis, wie auch der Inhalt derselben zeigt. So heißt es gleich im Anfang *in praesenti et aliud nobis visum est egere quadum explanatione et incremento, non ex genere, neque usu imperfecto et inutili consistente.* Aus diesen Worten ist wenigstens so viel ersichtlich, daß der Endzweck des Kaiser Justinians dieser gewesen sey, durch gedachte Novelle ein neues Gesetz zu geben, und die Strenge die in Absicht der correi herrschte, dadurch zu mildern, daß er denselben das beneficium divisionis gab. Denn daß die Novelle nicht blos von Bürgen rede, zeigt das Wort *aliud*, welches hier den Bürgen entgegen gesetzt ist, deutlich an. Zwar finden wir in gedachter Novelle das Wort *fideiussio* häufig gebraucht, und das kann vielleicht Zweifel erregen, daß die Novelle nur von Bürgen rede. Aber es ist auch nicht ungewöhnlich, daß das Wort *fideiussio* öfters für alles und jedes Versprechen genommen werde s), und daß solches hier eben das bedeute, ist aus dem vorhergehenden klar.

Hundert

s) L. 30. §. 1 ff. de pact. L. 2. §. 1. ff. ad Sct. Velleian. L. 53 ff. de contr. emt. vend. L. 57 ff. de don. inter vir et ux.

# Hundert sechs und dreyßigste Meditation.

Wenn der Gläubiger von einem seiner correi einen Theil seiner Fordrung annimmt, so hat er dadurch das Recht, denselben auf das Ganze zu belangen, nicht verlohren.

§. 1.

Zur Erleuterung des von uns behaupteten Satzes, wollen wir folgenden Fall annehmen.

Titius hat an den Cajus, Mevius und Sempronius 300 Rthlr. zu fordern, deren Bezahlung diese drey als correi, mit Begebung des beneficium divisionis, übernommen hatten. Cajus bezahlt darauf dem Titius seinen Theil jener Schuld, nämlich 100 Rthlr., und da der Gläubiger solche annimmt, so entsteht die Frage, ob er den Cajus noch auf die übrigen 200 Rthlr. belangen könne?

Wir glauben diese Frage aus nachfolgenden Gründen allerdings bejahen t) zu müssen.



t) *Zoesius* ad ff. Tit. de duob. reis n. 11. *Lauterbach* colleg. th. pr. eod. tit. §. 21. *Struv* ex 47. §. 29. *Coccеii* J. C. Tit. de duob. reis qu. 14.

§. 2. Einem Gläubiger steht es überhaupt frey, von seinem Schuldner einen Theil der Schuld anzunehmen, ohne daß ihm solches zu seinem Nachtheil gereichen kann. Eben das Recht, den noch rückständigen Theil der Schuld einzufordern, kann dem Gläubiger, wenn er gleich auf Abschlag was erhalten hat, nicht abgesprochen werden, da er dadurch sich seines Rechts, das Ganze zu fordern, nicht begeben hat. Es giebt solches die *L. 8. §. 1. ff. de leg. 1.* deutlich genug in den Worten zu erkennen. *Si ita scriptum sit Lucius Titius heres meus, aut Maevius heres meus decem Sejo dato: cum utro velit, Sejus aget, ut si cum uno actum sit, et solutum, alter liberetur: quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent. Quid ergo si ab altero partem petierit? liberum ei erit ab alterutro reliquum petere. Idem erit, et si alter partem solvisset.* Eben das will auch die *L. 23. C. de fideiuss.* wenn es darin heißt: *Reos principales, vel mandatores simpliciter acceptos eligere, vel pro parte convenire, vel satis non faciente contra quem egeras primo, post illum ad alium reverti (cum nullus de his electione liberetur) licet.* Und ein gleiches verordnet auch die *L. 28. C. de fideiuss.* welchen wir bereits in den 133 Medit. §. 2. angeführet haben, worauf wir uns hier beziehen wollen.

§. 3. Nicht blos diese Gesetze, sondern auch selbst die rechtliche Vermuthung, daß niemand

mand das Seinige verschleudere oder seinem Recht entsage u), berechtigen also den Gläubiger, ohnerachtet er einen Theil seiner Forderung angenommen, den Rest auf einmal einzufordern, falls nicht der correus beweisen kann, daß der Gläubiger dieses ihm zustehende Recht habe fahren lassen. Aber dieser Beweis kann dadurch nicht geführet werden, daß der Gläubiger einen Theil der Schuld angenommen hat, weil solches auch in der Absicht, um die Schuld kleiner zu machen, geschehen seyn kann. Es müssen also deutlichere Umstände angeführet werden, falls der correus sich von der völligen Bezahlung des Restes der Schuld losmachen will.

§. 4. Die von unser Meinung abgehende Rechtsgelehrten v) gründen sich hauptsächlich in zwey Gesetzen, und suchen daraus ihre Meinung zu beweisen. Wir wollen daher nur noch mit wenigen untersuchen, ob denn auch wirklich diese Gesetze uns entgegen sind. Die *L. 18. C. de pact.* enthält folgendes: *Si creditores vestros ex parte debiti admisisse quemquam vestrum pro sua persona solventem probaveritis: aditus rector provinciae, pro sua gravitate, ne alter pro altero exigatur, providebit.* Und die *L. 16. C. de fideiuss.* verordnet *Liberum fuit, antequam lis adversus omnes fideiussores conte-*

 *sta-*

u) L. 25. pr. ff. de prob.
v) *Carpzov* p. 2. const. 17. def. 11. *Schilter* ex 48. §. 17. *Pruckmann* consl. vol. 1. consl. 7 et 8.

*staretur unum eorum eligere creditori, si modo caeteros minus idoneos existimaret. At nunc post litis contestationem, petitionem divisam redintegrari, iuris ratio non patitur.* Wenn wir auch gleich nicht einmal mit einigen Rechtsgelehrten w) annehmen wollen, daß beyde Gesetze, durch die *L. 28. C. de fideiuss.* aufgehoben worden; so lassen sich doch selbige so erklären, daß sie keinesweges unserer Meinung widersprechen.

§. 5. Sehen wir die *L. 18. C. de pact.* an, so finden wir freylich, daß in demselben den Gläubiger das Recht, den ganzen Rest von einem der correi zu fordern, abgesagt sey, wenn er einen Theil der Schuld angenommen hat. Allein, daß solches nicht ohne Einschränkung wahr sey, lehrt eben das Gesetz, denn so wird ausdrücklich ja erfordert, daß der correus beweisen müsse, daß der Gläubiger sich dadurch seines Rechts begeben habe, wie die Worte: *quemquam vestrum pro sua persona solventem probaveritis*, anzeigen.

Die *L. 16. C. de fideiuss.* aber läßt sich auf unsern Fall nicht anwenden. Gedachtes Gesetz redet offenbar von einem solchen Fall, da der Gläubiger alle Bürgen auf einmal jeden für seinen Theil belanget hat, hier würde es nicht nur die höchste Unbilligkeit seyn, dem Gläubiger

w) *Hering* de fideiuss. cap. 20. §. 13. n. 7.

ger zu erlauben, die Klage gegen alle Bürgen liegen lassen zu können, wenn selbige sich schon darauf eingelassen haben, und einen davon aufs Ganze zu belangen; sondern der Gläubiger giebt dadurch auch mehr als zu deutlich zu erkennen, daß er sich seines Rechts, das Ganze von einem jeden zu fordern, begeben wolle.

## Hundert sieben und dreyßigste Meditation.

Wenn Dienstpflichtige statt der schuldigen Dienste jährlich ein gewisses Geld bezahlt haben, so kann der Dienstherr dennoch die Dienste in natura von denselben fordern.

§. 1.

Es kann sich öfters der Fall zutragen, daß der Dienstherr, statt der ihm von seinen Dienstpflichtigen zu leistenden Dienste, sich ein gewisses am Geld dafür bezahlen läßt, und da entsteht die Frage; sind die Dienstpflichtige schuldig auf Verlangen ihres Dienstherren die Dienste zu verrichten, oder können sie, wenn sie z. B. schon seit 30 Jahren keine Dienste mehr gethan, sondern solche mit Gelde bezahlt haben, zu weiter nichts als zur Bezahlung des Dienstgeldes angehalten werden? Die Rechtsgelehr-

ten sind in Beantwortung dieser Frage nicht gleicher Meinung. Viele x) halten dafür, daß die Dienstpflichtigen zu weiter nichts als zur Bezahlung des Dienstgeldes verbunden wären: und daß sie sich, wenn der Dienstherr die Dienste in natura fordern sollte, mit der Verjährung schützen könnten. Andere y) aber behaupten, daß der Dienstherr, dem ungeachtet von seinen Dienstpflichtigen, die Dienste in natura zu verrichten, verlangen könne.

§. 2. Ueberhaupt muß ein jeder zugeben, daß es in dem Willkühr des Dienstherren beruhe, ob er die Dienste in natura von seinem Dienstpflichtigen fordern, oder ob er dafür ein gewisses Dienstgeld annehmen wolle. Daraus folgt aber auch, daß wir bey Entscheidung der Frage: ob die Verjährung hier dem Dienstherren nicht entgegen stehn? Alle die Erfordernisse

x) *Mevius* vom Zustand der Bauren Sect. 3. n. 170. *Berlich* part. 2. concl. 6. n. 3. *Husan* de hominib. prop. cap. 2. n. 31. *Leyser* ius georg. Lib. 3. cap. 27. n. 79. *Pistor.* part. 1. qu. 38. *Koeppen* lib. 1. dec. 13. *Erhard* de oper. rust. concl. 28. lit a.

y) *Mevius* part. 4. dec. 271. n. 4. 5. *Carpzov* part. 2. const. 4. def. 4. *Klock* de contr. cap. 2. n. 66. *Pottgiesser* de statu serv. lib. 2. cap. 6. §. 32. *Lynker* dec. 961. *Strube* ius villicale cap. 5. §. 21. und in rechtl. Bedenk. Theil 4. Bedenk. 17. *Wernher* part. 1. obs. 76. *Leyser* spec. 419. med. 1. *Puffendorf* Tom. 1. obs. 224.

nisse zum Grunde legen müssen, die zur Verjährung einer res merae facultatis erfordert werden. Wer sollte aber wol nicht wissen, daß dergleichen Sachen nie anders verjähret werden können, als wenn eine solche Handlung hinzugekommen, woraus man schliessen kann, der andere habe sich seiner ihm sonst zukommenden Freyheit begeben. Dieses aber würde in unserm Fall alsdenn geschehen, wenn der Dienstherr die Dienste in natura gefordert, seine Dienstpflichtige aber, solche zu leisten, sich widersetzt, und der Dienstherr 30 Jahr dazu stille geschwiegen hätte.

§. 3. So lange also Dienstpflichtige, statt der in natura zu leistenden Dienste, Dienstgeld bezahlt haben, so können sie auch nicht sich mit der Verjährung schützen, wenn der Dienstherr jezt die Dienste in natura von ihnen fordert. Denn selbst der Name Dienstgeld zeigt schon an, daß diese Gelder dem Dienstherrn statt der zu leistenden Dienste bezahlet werden. Ja es liegt schon hierin ein zwischen dem Dienstherrn und seinen Dienstpflichtigen eingegangner Miethkontrakt, vermöge welchen, jener als der Verpächter, diese aber als Pächter der Dienste angesehen werden müssen. Was würde man aber dazu sagen, wenn es sich der Pächter, da er die Sache schon 30 Jahr in der Pacht gehabt einfallen liesse, sich gegen den Verpächter, wenn dieser die Sache zurückfordert, mit der Verjährung schützen wollte. Hier stehen die deut-

lichsten Gesetze z) dem Pächter entgegen, und dennoch ist unser Fall von diesem nicht verschieden, so daß daher auch die Entscheidung eben so ausfallen muß.

§. 4. Allein selbst die gegenseitigen Gründe sind so beschaffen, daß, so bald wir selbige nur anführen werden, die Schwäche derselben einem jeden einleuchten wird.

Man sagt: in 30. oder 40 Jahren wird jedes Recht verjähret a), also auch von Seiten des Dienstherren das Recht Dienste zu fordern, wenn innerhalb jener Zeit seine Dienstpflichtige ihm keine Dienste geleistet, sondern solche mit Gelde bezahlet haben.

Ferner glaubt man, daß dadurch der Dienstherr, wenn er in so langer Zeit keine Dienste gefordert, diesem seinen Recht gleichsam entsaget habe, indem es bekannt sey, daß derjenige der in 10 Jahren, statt 10 Rthlr. 5 Rthlr. angenommen, ins künftige auch nichts mehr als 5 Rthlr. fordern könne.

§. 5. Es wird nicht nöthig seyn, jene Gründe weitläuftig zu beantworten, da selbige in keinem Betracht auf gegenwärtigen Fall passen.

Sollte allgemein wahr seyn, daß jedes Recht in 30 Jahren verlohren gehe, so müste solches auch

z) L. 2. L. 7. §. ult. C. de præscr. 30. vel 40. annor.

a) L. 3. L. 4. C. de præsc. 30. vel 40. an.

auch von den res merae facultatis gelten, welches aber den Gesetzen offenbar widerspricht. Und eben so wenig kann man auch auf eine Begebung seines Rechts schliessen, wenn einer solches in einer gewissen Zeit sich nicht bedienet hat. Es kömmt immer darauf an wie solches Recht beschaffen sey. Hier aber in unserm Fall, gehöret es mit zu den res merae facultatis, ob der Dienstherr die Dienste von seinem Dienstpflichtigen in natura fordern will, und da findet eine Verjährung wie wir schon angeführet haben, nicht anders statt, als wenn der Dienstherr Dienste gefordert, die Dienstpflichtige solche zu leisten sich geweigert, und er 30 Jahr dazu stillegeschwiegen. Eben so wenig anpassend ist auch das angeführte Beyspiel, von einen Gläubiger der statt 10 Rthlr. 5 Rthlr. angenommen hat, denn wollte man daraus einen Schlus herleiten, so würde folgen, daß zur Verjährung der Dienste nur 10 Jahr erfordert würden. Ueberhaupt aber ist in jenem Beyspiel der Wille und Einwilligung des Gläubigers klar, und er hat es seiner eignen Schuld beyzumessen, wenn er sich einer solchen geringern Zahlung nicht widersetzt und derselben widersprochen hat.

---

Hundert

# Hundert acht und dreyßigste Meditation.

**Dienstpflichtige sind nicht schuldig die zu leistende Dienste, auf Verlangen ihres Dienstherrn, mit Geld zu bezahlen.**

§. 1.

So schuldig Dienstpflichtige sind, die ihnen obliegende Dienste zu verrichten, so wenig können sie doch angehalten werden, solche mit Gelde zu bezahlen b). Wir brauchen nur, um uns von der Wahrheit dieses Satzes zu überzeugen, hier einmal den Fall annehmen, daß Dienstpflichtige die schuldigen Dienste mit Gelde bezahlen wollten: wäre alsdenn auch der Dienstherr verbunden, solches anzunehmen? Niemand wird solches wol behaupten. Aber eben die Gründe die dem Dienstherrn von der Annehmung des Dienstgeldes freysprechen, eben die Gründe streiten auch dann für die Dienstpflichtigen, wenn der Dienstherr von denselben statt der zu leistenden Dienste, Dienstgeld verlangen wollte. Denn so wenig der Schuldner wider Willen

b) *Balthasar* de oper. rust. cap. 16. pag. 97. Deneken Dorf- und Landrecht Ref. 9. *Struve* ius villic. cap. 5 §. 20. *Wernher* part. 5. obs. 28. *Leyser* spec. 419. m. 4.

Willen des Gläubigers ihm eine andere Sache statt der schuldigen hingeben kann, eben so wenig kann auch der Gläubiger von dem Schuldner eine andere, als die ihm schuldige Sache fordern c). Es sind also auch hier so wol auf Seiten des Dienstherren als der Dienstpflichtigen gleiche Verbindlichkeiten und gleiche Rechte, was daher dem einen Recht ist, muß auch dem andern Recht seyn.

§. 2. Wie kann auch endlich dies den Dienstpflichtigen zum Nachtheil gereichen, oder wie kann der Dienstherr sich deswegen ein grösser Vorrecht anmassen, wenn er entweder die Dienste nicht nöthig hat, oder dieselben gebrauchen kann. Kann dies wol die Dienstpflichtigen zu etwas verbinden, wozu sie nicht verbunden sind. Liesse man überhaupt den Dienstherren freye Macht und Gewalt, wollte man es in ihrer Willkühr beruhen lassen, von ihren Dienstpflichtigen Statt der Dienste Geld zu fordern; so würden in vielen Fällen Dienstpflichtige übel daran seyn, ja eben das würde auch dem Dienstherrn das Recht geben, die ihm zu leistende Dienste nach seinem Gutbefinden in andere zu verwandeln.

§. 3. Die Gründe die man uns nun noch von der Gegenseite d) entgegensetzt, schaden in der

c) L. 2. §. 1 ff. de reb. cred.

d) *Mevius* conf. 66. n. 53. *Harprecht* vol. 1. conf. 30. n. 251. *Rosenthal* de feudis cap. 5. concl.

der That unserer Meinung gar nicht. Ohne einmal hier anzuführen, daß man überhaupt das römische Recht, in Sachen die blos deutschen Ursprungs sind, nicht zur Entscheidung derselben gebrauchen könne, und daß dasjenige, was in jenem von den Diensten der Freygelassenen verordnet ist, hier keine Anwendung leide e): so entscheiden doch die desfalls angeführte Gesetze f) unsern Fall gar nicht.

Die *L. 25. ff. de oper. lib.* erlaubt zwar dem Patron die ihm von seinem Freygelassenen zu leistende Dienste an einen andern zu verpachten, wenn er dieselben nicht gebrauchen kann: allein dadurch wird jenem noch keineswegs die Befugnis zugestanden, sich von demselben die Dienste mit Geld bezahlen zu lassen. Die *L. 1. C. de oper. lib.* verbiethet aber dem Patron ausdrücklich Geld von seinem Freygelassenen statt der Dienste zu fordern, ausser in dem Fall, wenn der Patron so arm ist, daß es ihm an den nöthigsten Lebensmitteln fehlet: wie solches die eignen Worte des Gesetzes anzeigen: *solet autem inter patronos et libertos convenire, ut pro operis aliquid praestetur, licet pretium peti non*

*possit,*

concl. 70. *Klock* de contributionibus cap. 2. n. 64. *Leyser* ius georg. lib. 3. cap. 27. n. 77. *Stam* de serv. perf. lib. 3. cap. 7. n. 7. *Erhard* de oper. rust. concl. 28. lit. a.

e) *Stryk* U. M. Tit. de oper. libert. §. 4. *Pottgiesser* de statu servor. lib. 5. cap. 1. §. 18.

f) L. 25 ff. de oper. lib. L. 1. C. eod.

*possit, nisi quando propter inopiam pro alimentis, id extra ordinem peti, necessitas suaserit, cum etsi operae non erant impositae, defectis tamen facultatibus patroni, eum alere cogebaris.* Der Grund dieser Verordnung liegt, wie das Gesetz selbst anzeigt darin, weil Freygelassene verbunden sind, ihren Patron zu ernähren. Aber dieser Entscheidungsgrund fällt bey unsern Dienstpflichtigen völlig weg, welche keineswegen zur Ernährung ihres dürftigen Dienstherrn angehalten werden können.

---

# Hundert neun und dreyßigste Meditation.

**Das Vermächtniß einer Schuldforderung eines Dritten, kann auch noch immer eingefordert werden, wenn gleich der Erblasser nachher statt derselben, etwas in Bezahlung angenommen hat.**

§. 1.

Wenn das Vermächtniß einer Schuldforderung, die der Erblasser an einem Dritten hat, von Gültigkeit seyn soll: so wird nothwendig erfordert, daß die Schuldforderung, wenn auch gleich der Erblasser deren Quantität dabey bestimmt hat, noch wirklich existi-

re.

re g). Denn der Erbe hat bey diesem Vermächtniß nichts weiter nöthig, als daß er dem Legator die Klagen, die der Erblasser gegen diesen seinen Schuldner gehabt hat, abtritt h); ist aber keine Schuldforderung mehr da: so wird es auch von keinem Nutzen weiter seyn, wenn der Legator gegen den Schuldner, um sein Vermächtniß zu erhalten, eine Klage anstellen wollte.

§. 2. Legen wir dies alles hier zum Grunde: so möchte es vielleicht Anfangs das Ansehen gewinnen, als wenn in dem Fall, da der Erblasser auf seine Forderung etwas in Bezahlung angenommen hat, das Vermächtniß von keinem Nutzen und keiner Gültigkeit weiter sey, da hier der Erbe die Klagen, die dem Erblasser zugestan-

g) §. 21. *J. de legat.* -- et ideo, quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas heres legatario praestet: nisi exegerit vivus testator pecuniam; nam hoc casu legatum extinguitur. -- *L.* 44. §. 6. *ff. de legat.* 1. *L.* 75. §. 1 *et* 2 *ff. eod. tit.* -- proinde et si Titio decem, quae mihi Seius debet, legavero, nullum erit legatum; esse enim debitor debet, nam etsi vivus exegissem, extingueretur legatum. -- *Brunnemann* ad L. 75 ff. de legat. et fideicom. n. 3. *Carpzov* P. 3. const. 13. def. 19. *Huber* pr. ad Inst. Tit. de legat. n. 12. *Wernher* P. 6. obs. 341.

h) *L.* 105. *ff. de legat.* 1. Legatum ita erat: Quae Lucius Titius mihi debet, ea, heres meus Cornelio dare damnas esto: nihil amplius ex hoc legato, quam *actiones suas*, heres praestare debet.

standen haben würden, an den Legator vergebens abtritt, indem keine wirkliche Schuldforderung mehr da ist: allein dieses läßt sich doch mit Grund nicht behaupten. Denn wenn gleich der Regel nach, ein solches Vermächtniß wovon wir im vorhergehenden Paragraph geredet haben, dem Erben zur Auszahlung nicht verbindet, wenn die Schuld an den Erblasser schon ausbezahlt ist: so leidet diese Regel doch auch ihre Ausnahmen, die in unsern Gesetzen i) selbst anerkannt und bestätiget sind. Man muß daher in diesem Fall immer auf den Willen und die Absicht des Erblassers Rücksicht nehmen, und wenn dieser hier klar ist, auch ein solches Vermächt-

i) *L.* 11. §. 13 *ff. de legat.* 3. Ergo et si nomen quis debitoris exegerit, quod per fideicommissum reliquit, non tamen hoc animo, quasi vellet extinguere fideicommissum: poterit dici, deberi. Nisi forte inter hæc interest: hic enim extinguitur ipsa constantia debiti; ibi res durat, tametsi alienata sit. Cum tamen quidam nomen debitoris exegisset, et pro deposito pecuniam habuisset: putavi fideicommissi petitionem superesse: maxime quia non ipse exegerat, sed debitor ultro pecuniam obtulerat, quam offerente ipso non potuit non accipere. Paulatim igitur admittemus, etsi ex hac parte pecuniæ rem comparaverit, quam non hoc animo exegit, ut fideicommissarium privaret fideicommisso: posse adhuc fideicommissi petitionem superesse.

mächtniß demohngeachtet noch immer, für gültig erklären k).

§. 3. So wurde auch in einem gewissen vorkommenden Fall erkannt. Es hatte nämlich der Erblasser in seinem Testament jemanden eine an einen Dritten ausstehende Schuldforderung von 300 Rthlr. vermacht, nachher aber, wie dieser Schuldner übel zu wirthschaften anfing, für diese Summe Geldes einen Garten in Bezahlung angenommen, den er auch seinen eingesetzten Erben noch nach seinem Tode hinterließ. Die Erben machten zwar Anfangs Schwierigkeiten, das Vermächtniß auszubezahlen, besonders weil der Erblasser freywillig die Schuldforderung getilget hatte, woraus sie den Schluß machten, daß das Vermächtniß, da die Schuld nicht mehr existirete, auch von keiner Gültigkeit weiter seyn könnte, wie wir hievon schon oben weitläuftiger geredet haben. — Allein dies konnte den Erben doch von der Auszahlung des Vermächtnisses nicht frey machen, da der Erblasser, wie der Legator hinlänglich erweisen konnte, aus Noth den Garten in Bezahlung angenommen hatte, indem er sonst leicht um seine ganze Forderung hätte kommen können. Hier war also der Wille des Erblassers klar, daß er nicht die Meinung konnte gehabt haben, um des-

k) *Brunnemann* ad L. 11 ff. de legat. et fideicommiss. n. 23. *Mantica* de coniect. ult. vol. lib. 12. tit. 2. n. 19 seq. *Huber* c. l. not. e. *Carpzov* c. l. n. 6.

deswillen den Garten in Bezahlung anzunehmen, damit das Vermächtniß aufgehoben werden sollte, sondern daß blos eine nöthige Sicherheit ihn hiezu verleitet hatte. Wäre jenes seine Absicht gewesen: so würde er sich schon deutlicher darüber erkläret haben, wenigstens wäre dieses seine Schuldigkeit gewesen, wenn er seinen eingesetzten Erben, die Auszahlung des Vermächtnisses hätte erlassen wollen. Das Vermächtniß wurde daher für gültig erklärt, und der Erbe zu dessen Auszahlung schuldig erkannt.

## Hundert und vierzigste Meditation.

Ein Verkäufer, der sich beym Kauf, das Recht vorbehalten hat, von demselben abgehn zu können, wenn in einer festgesetzten Zeit, das Kaufgeld nicht bezahlt ist, kann sich dieses Rechts nicht mehr bedienen, wenn er nach der festgesetzten Zeit einen Theil des Kaufgeldes angenommen hat.

§. 1.

Es ist nichts ungewöhnliches, daß ein Kauf unter der Bedingung geschlossen wird: daß der Verkäufer das Recht behält, von dem Kaufe wieder abgehen zu können, wenn das Kauf-

geld in einer gewissen Zeit nicht bezahlt wird. Dies Recht behält er immer, wenn auch gleich, während der bestimmten Zeit, ein Theil davon schon entrichtet ist, denn es muß das Kaufgeld völlig bezahlt seyn, wenn der Verkäufer sicher seyn soll. Im Fall dieses aber nicht geschehen; so hat der Verkäufer noch immer die freye Wahl entweder von dem Kauf abzugehn, oder solchen zu halten.

§. 2. Obiger Fall ist aber gar weit von dem verschieden, wenn bereits die festgesetzte Zeit verflossen ist, und der Verkäufer alsdenn noch einen Theil des Kaufgeldes angenommen hat. Hier bleibt der Kauf gültig, und der Verkäufer ist nunmehr an selbigen gehalten, ob er gleich noch nicht das völlige Kaufgeld erhalten hat. Denn da er nach verflossener Zeit, freywillig einen Theil von dem Kaufgelde angenommen hat: so ist er dadurch schon stillschweigend, von seinem Recht abgegangen, und kann, da ihm hier die Wahl noch offen stand von beyden, eines zu wählen, auch jetzt nicht mehr, ohne Einwilligung des Käufers hievon zurückgehn; wie dieses in den Gesetzen deutlich entschieden wird l).

§. 3.

l) *L. 6. §. 2. ff. de leg. commiss.* Post diem lege commissoria comprehensum, venditor partem reliquæ pecuniæ accepit. Respondit, si post statutum diem reliquæ pecuniæ, venditor legem dictam non exercuisset, et partem reliqui, debi-

§. 3. Eben daher, würde dieses auch dem Verkäufer keinen Vortheil bringen, wenn er etwa vorgeben wollte, daß doch hier nicht das völlige Kaufgeld bezahlt sey, welches doch bey dem pactum commissorium, wenn es ohne Wirkung seyn sollte, erfordert werde; auch dieses eigentlich bey dem sich vorbehaltenen Rechte die wahre Meinung und der Wille gewesen sey, worauf man doch nothwendig mit Rücksicht nehmen müsse. Allein ist das auch der Wille des Verkäufers gewesen, daß er noch vor der festgesetzten Zeit, das völlige Kaufgeld haben wolle: so hätte er nach dieser auch nichts mehr annehmen müssen, wenn er den Kauf aus jenem Grunde aufzurufen Willens gewesen wäre. Denn da er durch die Annahme des Kaufgeldes, doch nichts anders zu verstehen geben konnte, als daß er den Kauf halten, und sich des ihm sonst zustehenden Rechts begeben wollte: so muß er es auch seiner eigenen Schuld beymessen, wenn er nunmehr an den Kauf gebunden bleibt.

§. 4. Aber auch das würde dem Verkäufer nunmehr kein Recht geben, den Kauf um deswillen aufzuheben, wenn der Käufer etwa mit dem noch rückständigen Kaufgelde saumselig seyn

 sollte.

debiti accepisset, videri recessum a commissoria. *L.* 4. §. 2. *L.* 7. *ff. eod. tit. L.* 4. *C. de pact. int. emt. L.* 38 *ff. de minorib. Carpzov* P. 2. const. 33. def. 22. *Struv* ex 23. §. 39. *Huber* Præl. ad Tit. ff. de lege commiss. n. 4. *Wernher* P. 5. obs. 3.

sollte. Es ist zwar sonst in den Gesetzen m) gegründet, daß der Käufer, wenn er von neuen saumselig in Bezahlen ist, die Strafe erlegen müsse, welche unter den Kontrahenten verabredet ist: allein ein solches pactum poenale, das dem Kauf angehänget ist, können wir nicht mit dem pactum commissorium vergleichen. Ersteres behält immer noch seine Wirkung, wenn auch gleich nur nachgehends der Käufer erst saumselig in Bezahlen geworden ist: letzteres aber fällt weg, wenn der Verkäufer nach der festgesetzten Zeit, einen Theil des Kaufgeldes angenommen hat, wie dieses die deshalb angeführten Gesetze, deutlich aussagen.

# Hundert ein und vierzigste Meditation.

**Der Verkäufer ist schuldig das auf Abschlag erhaltene Kaufgeld zurückzugeben, wenn der Kauf wegen des angehängten pactum commissorium aufgehoben wird.**

## §. 1.

Es ist hier die Frage, wenn dem Kaufkontrakt ein pactum commissorium auf eine be-

m) L. 23 ff. de oblig. et act. L. 51. §. 1 ff. de action. emt. et vend.

bestimmte Zeit angehängt ist, und der Käufer während derselben, einen Theil des Kaufgeldes auf Abschlag bezahlt hat, nachgehends aber den übrigen Rest nicht entrichtet, und daher der Verkäufer sich des ihm zustehenden Rechts von dem Kaufe abzugehn, bedienen will: ob er alsdenn auch schuldig sey, den auf Abschlag erhaltenen Theil des Kaufgeldes zurückzugeben? Die meisten Rechtsgelehrte n) sind der Meinung, daß der Verkäufer dieses nach den Verordnungen des römischen Rechts nicht nöthig habe, ob einige von ihnen gleich sonst eingestehn, daß diese Lehre unbillig sey, auch meistens die Praxis von ihr abweiche.

§. 2. Allein, wenn wir auch nicht mal auf die Billigkeit Rücksicht nehmen wollten: so finden wir doch eben so wenig die gegenseitige Meinung in den Gesetzen gegründet. Denn die beyden Stellen, welche von der Gegenseite angeführt werden, entscheiden diese Frage gar nicht. Die erste Stelle ist die *L. 4. §. 1. ff. de lege commiss.* worin es heißt: *Sed, quod ait Neratius, habet rationem, ut interdum fructus emtor lucretur, cum pretium quod numeravit, perdidit. Igitur sententia Neratii tunc habet locum,*



n) *Brunnemann* ad L. 6. C. de lege commiss. *Huber* Præl. ad eund. tit. ff. n. 3. *Lauterbach* coll. th. pr. d. tit. §. 14. *Schilter* ex. 30. §. 54. *Boehmer* Intr. in ius dig. d. tit. §. 4. *Stryk* Us. mod. d. tit. §. 5. *Coccеii* Jus contr. d. tit. qu. 8. *Leyser* sp. 197. cor. 4.

*cum; quae est humana, quando emtor aliquam partem pretii dedit.* — Wenn wir dieses Gesetz auch nicht mal, von dem Fall verstehn wollten, wenn ein Theil des Pretium, als eine Arrha gegeben ist, wie man doch füglich könnte, da pars pretii oft so viel als arrha heisset o): so kann doch dieses Gesetz um deswillen hier nicht unsere Frage entscheiden, weil hier eigentlich von der Conpensation der Früchte die der Käufer während der Zeit genossen, mit dem bezahlten Kaufgelde — wenn wir es dafür halten wollen — die Rede ist p). Die Hauptfrage ist in diesem Gesetz; wie es scheint, diese: ob der Käufer auch die gehobenen Früchte lucrire? Diese Frage muß alsdenn nach der Meinung des Neratius bejahend beantwortet werden, wenn der Käufer einen Theil an Gelde bezahlt hat, und diesen verliehren soll. — Erklären wir so das Gesetz, und setzen noch dabey, daß die Früchte dem Kaufgelde gleich kommen: so stimmt es alsdenn auch mit der Billigkeit, die die Gegenseite hier selbst vermisset, vollkommen überein.

§. 3. Die zweyte Stelle findet sich in der *L. 6. ff. de lege commiss.* in den Worten: *De lege commissoria interrogatus, ita respondit, si per*

o) L. 8. ff. de lege commiss. L. 1. C. de pact. int. emt. et vend.

p) *Hahn* ad Wesenb. tit. de lege commiss. n. 1. in fin.

*per emtorem factum sit, quo minus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit fundos inemtos fore, et id quod arrhae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum.* In diesem Gesetz ist eben so wenig von einem Theile des Kaufgeldes die Rede; sondern es wird nur gesagt, daß dasjenige der Verkäufer behalten solle, *quod arrhae vel alio nomine datum esset.* Letzters wollen einige zwar von dem auf Abschlag gegebenen Kaufgelde verstanden wissen: allein sollte es darauf gehen, so würde es doch nicht hier in eine Verbindung mit der Arrha stehen können. Es bedeutet dieses also weiter nichts, als dasjenige was der Käufer auf eben die Art, wie die Arrha dem Verkäufer gegeben hat, und dieses lucriret derselbe so gut, wie die Arrha selbst. Erklären wir so beyde Gesetze, wie sie sich immer ohne Zwang erklären lassen: so brauchen wir auch nicht die dießseitige Meinung, auf eine bloße Praxis zu gründen, die doch immer zweifelhaft bleibt; so bald ihr deutliche Gesetze im Wege stehn. Und da die gegenseitige Meinung offenbar wider die Analogie des Rechts anstosset, die diesseitige aber vollkommen mit ihr übereinstimmt: so sind wir auch, so bald nur irgends die Gesetze eine zweyfache Erklärung annehmen, schuldig, die der Analogie das Recht und der Billigkeit an angemessenste Meinung anzunehmen q).



q) *Voet* ad ff. Tit. de lege commiss. §. 3. *Boekelmann*

# Hundert zwey und vierzigste Meditation.

Der Pflichttheil der Kinder darf nicht mit einem gegenseitigen Fideicommiß (fideicommissum reciprocum) beschwert werden.

§. 1.

Wenn der Vater seine Kinder gleich zu Erben eingesetzt, dabey aber noch die Verfügung gemacht hat, daß nach Abgang des einen, die übrigen Kinder dessen Theil erben sollen: so sind die Kinder doch befugt von einem solchen Fideicommiß ihren Pflichttheil rein abzuziehn r). Denn da ihnen durch dieses Fideicommiß, die freye

*mann* ad ff. eod. tit. *Titius* ad Lauterbach Obs. 525. *Berger* œcon. iur. Lib. 3. Tit. 5. th. 7. not. 2. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 59. *Madihn* de effectu legis commissoriæ parte pretii soluta §. 7. 8.

r) *Brunnemann* ad L. 12. C. de inoff. test. *Boehmer* Tom. 2. P. 1. Resp. 556. n. 10. *Stryk* de caut. Testam. cap. 17. membr. 2. §. 17. et de Successſ. ab Intest. Diss. 7. cap. 1. §. 24. *Prukmann* Vol. 1. Cons. 28. n. 95. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 144. Tom. 2. obs. 81. *Knipschild* de fideicommissis illustr. cap. 6. n. 15. *Boehmer* de liberis fideicommiss. oneratis §. 9. In Elect. iur. civil. Tom. 1. Ex. 6.

freye Disposition über diese Güter genommen ist, sie also ihren Pflichttheil nicht unbeschwert erhalten haben, welches sie doch nach den Gesetzen s) verlangen können: so sind sie auch nicht schuldig, mit einer solchen väterlichen Disposition so völlig zufrieden zu seyn.

§. 2. Die Kinder haben in diesem Fall freylich Hoffnung, nach dem Tode einer ihrer Geschwister, ihren Erbtheil zu vergrössern, und in der Absicht scheint auch eine solche Disposition mehr zu ihrem Vortheil als zu ihrem Schaden zu gereichen; daher denn auch einige t) haben behaupten wollen, daß dadurch der Pflichttheil der Kinder gar nicht beschwert werde, also auch der Abzug des Pflichttheils nicht statt finde. Allein dieses läßt sich so schlechterdings nicht als wahr annehmen. Es ist den Kindern doch einmal, die freye Disposition über dergleichen Güter untersagt, und diese Einschränkung führt doch immer eine Beschwerde mit sich, die zu ihrem Schaden gereicht.

§. 3. Ohne uns aber dabey noch länger aufzuhalten, wollen wir das Gesetz selbst ansehen, daß man uns hier entgegenstellt. Es ist die

s) L. 32. L. 36. §. 1. C. de inoff. testam. Nov. 18. cap. 3. *Mevius* P. 4. dec. 15.

t) *Tusch* Concl. pract. 498. lit. D. *Perez* ad Cod. tit. de inoff. testam. n. 30. *Senkenberg* de gravamine in legitima Cap. XI.

die *L. 12. C. de inoff. test.* worin der Kaiser Alexander folgendes verordnet hat: *Si pater puellae, cuius vos curatores esse dicitis, filio ex semisse, ipsa autem ex triente, et uxore ex reliquo sextante scriptis heredibus, fideicommisit: ut si quis eorum intra viginta quinque annis aetatis decederet, superstitibus portionem suam restitueret, praeterea uxori: ut id, quod ex causa hereditatis ad eam pervenisset, filiis post mortem suam restitueret, fideicommisit; calumniosam inofficiosi actionem adversus iustum iudicium testatoris instituere non debetis, cum ex huiusmodi fideicommissaria restitutione tam matris quam fratris eius portio ad eam poterat pervenire.*

§. 4. In dem angeführten Gesetz ist die Frage entschieden: ob gegen ein solches våterliches Testament, als wovon da die Rede ist, auch die querela inofficiosi kônne angestellt werden? Und diese Frage wird mit Recht verneinend beantwortet. Denn wie konnte gegen ein solches Testament die querela inofficiosi gebraucht werden, da hier alle wesentliche Stücke zu dieser Klage fehlten. Die Tochter war ja gar nicht enterbet, sondern vielmehr im dritten Theil zur Erbin eingesetzt. Muste also hier nicht von selbst die querela inofficiosi wegfallen? — Zudem konnten nach dem åltern Rechte, Kinder die mit Fideicommissen beschwert waren, nur weiter nichts als die Quarta

ta Trebellianica abziehn u), und die querela inofficiosi fand hier nie statt. Die Entscheidung in dem oben angeführten Gesetz konnte daher auch nicht anders, wie geschehn, ausfallen.

§. 5. Wenn man so obiges Gesetz betrachtet, und zugleich mit auf die Zeiten, worin es gegeben ist, Rücksicht nimmt: so brauchen wir auch nicht, mit den meisten Rechtsgelehrten, so weit zu gehen, daß wir annehmen, jenes Gesetz sey durch die neuern Verordnungen des Kaisers Justinian, besonders durch die *L. 32. C. de inoff. testam.* aufgehoben. Denn da in jenem Gesetz nicht die Rede davon ist: ob ein gegenseitiges Fideicommiß als eine Beschwerde des Pflichttheils anzusehen sey, von dem Abzug der Quarta Trebellianica, die den Kindern vermöge der Rechte v), von selbst zusteht, auch nichts enthalten ist; sondern nur blos die querela inofficiosi als calumniosa hier verworfen wird: so kann uns dieses Gesetz auch gar nicht entgegengestellt werden; und es bleibt deswegen immer richtig, daß der Pflichttheil mit keinem gegenseitigen Fideicommiß darf beschwert werden.

---

Hundert

u) Man sehe hierüber nach Pufendorf im 2ten Band am angeführten Ort.

v) L. 6. C. ad Sct. Trebell.

# Hundert drey und vierzigste Meditation.

Die Quarta Trebellianica wird von den Fideicommissen vorher abgezogen, ehe die Legate davon abgerechnet sind.

## §. 1.

Durch folgenden Fall wird unser Satz deutlich werden. Es hat jemand sein Vermögen von 8000 Rthlr. an Titius vermacht, ihm aber auferlegt, solches an Cajus wieder herauszugeben, dabey aber noch verschiedene Vermächtnisse von 4000 Rthlr. an andern Personen ausgesetzt. Hiebey kann nun folgende Frage entstehn: wird die dem Erben zustehende Quarta Trebellianica von dem ganzen Vermögen, nämlich von den 8000 Rthlr., oder nur von den, nach Abzug der 4000 Rthlr. Vermächtnisse, übrigbleibenden 4000 Rthlr. abgezogen? Im ersten Fall würde die Quarta 2000 Rthlr., im letzten Fall aber nur 1000 Rthlr. ausmachen; und eben so würde im ersten Fall der Fideicommissarius nach Abzug der Vermächtnisse und der Quarta, nur 2000 Rthlr., im letztern Fall aber 3000 Rthlr. erhalten. — Die Entscheidung dieser Frage auf eine oder andere Art, ist allemal wichtig, da sie so wohl für den Erben, als Fidei-

deicommissarius Nutzen und Schaden bringen kann.

§. 2. Ehe wir diese Streitfrage entscheiden, wollen wir vorher noch in die ältern Zeiten zurückgehn, und kurz zeigen, wie der Erbe der mit einem Fideicommiß beschwert wurde, und durch die Auszahlung desselben, wenn es das ganze Vermögen betraf oft großen Schaden haben konnte, nach und nach durch die Gesetze gesichert ist. — Wir wollen hier nur bis auf die Zeiten des Kaisers **August** zurückgehn, wo die Fideicommisse zuerst ihre Verbindlichkeit erhielten. Damals muste der Erbe noch alle aus der Erbschaft herrührende Lasten allein tragen, und gegen ihn wurden auch nur allein die daraus entstehende Klagen gerichtet. Er konnte also, wenn das ganze Vermögen als ein Fideicommiß vermacht war, oft den grösten Schaden daher haben. Dies war, wie natürlich, nun auch oft der Grund, warum ein solcher Erbe sich weigerte, auf diese Art eine, mit einem Fideicommiß beschwerte Erbschaft anzutreten, und daher, war auch nichts nothwendiger, als auf die Abwendung dieses Uebels bedacht zu seyn.

§. 3. Unter dem Kaiser **Nero** wurde daher schon ein SCtum gegeben, welches von dem damaligen Konsul **Trebellius** den Namen SCtum Trebellianum erhielt, und darin verordnet, daß alle Klagen, welche nach dem iure civili dem Erben und wider den Erben gegeben wür-

würden, nunmehr dem Fideicommissarius zustehn auch gegen ihn angestellt werden sollten w). Allein auch diese gesetzliche Verordnung that noch nicht ihre völlige Wirkung, und konnte auch nicht verhindern, daß der Erbe dem ohngeachtet nicht zuweilen die Erbschaft ausschlug. Denn hatte gleich ein solcher Erbe, der das ganze Vermögen wieder herausgeben mußte, keinen Schaden zu erwarten: so hatte er doch auch auf der andern Seite keinen Nutzen von seiner Erbschaft, und was sollte ihn denn also wohl bewegen, eine solche beschwerte Erbschaft anzutreten?

§. 4. Um aber auch hierin so wohl für das Beste des Erben, als des Fideicommissarius zu sorgen, wurde unter dem Kaiser **Vespasian**, das SCtum Pegasianum gegeben, und hierinn dem Erben, der mit einem Fideicommiß, beschweret war, erlaubt, den vierten Theil von der Erbschaft, wenn ihm so viel nicht zurückgelassen war, für sich davon abzuziehn. Jezt fielen aber alle aus der Erbschaft herrührende Lasten auf den Erben x). Damit dieser sich auch nun hierin

w) §. 4. *J. de fideicommiss. hereditat.* -- Senatus-consultum factum, quo cautum est: ut si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones quae iure civili heredi, et in heredem competerent, ei et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas.

x) §. 5. *J. eod. tit.* -- Senatus censuit: ut ei, qui

hierin auf alle mögliche Art schadlos und sicher stellte, gieng er mit dem Fideicommissarius, gewisse Stipulationen ein, worin sie den Vortheil und Schaden der aus der Erbschaft entstehen konnte, unter sich gemeinschaftlich theilten y).

§. 5. Justinian, der auch hierin noch manches fand, was ihm misfiel, hob endlich das SCtum Pegasianum ganz auf, gab dem SCto Trebelliano eine neue Form, und verordnete, daß der Erbe immer von der Erbschaft die Quarta, welche nunmehr die Trebelliana genannt wird, wenn ihm so viel nicht gelassen seyn sollte, abzuziehen befugt sey Dabey sollten aber auch nun, die aus der Erbschaft herrührende Klagen getheilt seyn, doch so, daß der Erbe die Quarta rein behielte ꝛc. z). — So verschieden sind die Verordnungen der ältern Zeiten, von der-

qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret, quartam partem retinere -- Post quod SCtum ipse heres onera hereditaria sustinebat.

y) §. 5 seqq. J. eod. tit. *Ulpianus* in fragm. Tit. 25. §. 15. apud Schulting pag. 663.

z) §. 7. *J. eod. tit.* -- Placuit exploso Senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano Senatusconsulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hereditates restituantur -- ut tunc quando vel nihil, vel minus, quarta apud eum remaneat, liceat ei quartam, vel quod deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum, quasi ex

derjenigen, welche Justinian hierüber gemacht hat, und daher können wir auch bey Beantwortung unserer Streitfrage nur blos die letztere, als die neuere hier zum Grunde legen.

§. 6. Wie wird nun also die Berechnung der Quarta gemacht, und wem fällt die Auszahlung der noch übrigen besondern Vermächtnisse zur Last? Wir glauben a), daß die Quarta Trebellianika, nach Abzug der Schulden die sich in der Erbschaft befinden, von dem ganzen Vermögen, die besondern Vermächtnisse mit einbegriffen, müsse gerechnet werden, und daß der Fideikommissarius die Auszahlung der Vermächtnisse allein tragen müsse, wenn der Erbe (fiduciarius) nichts mehr als die Quarta erhalten hat.

§. 7. Unsere Meinung gründet sich nicht nur in den klaren Verordnungen der Gesetze, son:

ex Trebelliano SCto pro rata portione actionibus, tam in heredem, quam in fideicommissarium competentibus.

a) Hiemit stimmen überein *Peregrinus* de fideicommiss. Art. 4 et 35. n. 1. 9. *Brunnemann* ad L. 1 et 2. C. ad SCt. Treb. n. 5. sqq. *Fachineus* controv. iur. Lib. 5. cap. 8. *Perez* ad C. eod. tit. n. 5. *Wesenbec* ad ff. eod. tit. n. 7. ibique. *Hahn* in f. *Huber* Præl. ad Tit. J. de fideicom. hered. §. 8. *Knipschild* de fideicom. fam. Cap. 2 n. 226. *G. L. Boehmer* de legatis ex fideicommisso præstandis Cap. 2. §. 3. seqq. In Elect. iur. civ. Tom. 1. Ex. 7.

sondern erweiset sich auch schon daher, daß die dem Erben zustehende Quarta, der vierte Theil der sämtlichen Erbschaft beträgt, und daher die besondern Vermächtnisse bey Bestimmung derselben, immer als ein Theil der Erbschaft müssen mitgerechnet werden. Sollte die Quarta erst nach Abzug der Vermächtnisse, gerechnet und bestimmt werden, so würde der Erbe nicht den vierten Theil des Erbvermögens erhalten, und es könnte auf diese Art, diese so klein gemacht werden, daß hiedurch völlig der Zweck verfehlt werden könnte, weswegen, wie oben weiter ausgeführt, der Erbe die Quarta abzuziehn befugt ist.

§. 8. In den Gesetzen finden wir nun eben so wohl unsere Meinung bestätigt. Denn so heißt es in der *L. 1. §. 20. ff. ad SCt. Treb. Sed si quadringenta habens, ducenta legaverit Titio, et partem dimidiam hereditatis Sempronio restituere rogaverit, ex Trebelliano restitutionem faciendam. Julianus ait, et legatorum petitionem scindi: sic ut centum quidem petantur ab herede, centum vero alia legatarius fideicommissario petat, quod idcirco dicit Julianus: quoniam secundum hanc rationem integram quartam habet, id est centum integra.* Hier konkurriret freylich der Erbe mit zur Bezahlung der Vermächtnisse: allein er behält doch die ihm zustehende Quarta von Hundert rein für sich.

§. 9. Näher bestimmt aber noch unsern Satz der folgende 21ste §. in eben dem Gesetz, wo gesagt wird: *Si is qui quadringenta in bonis habeat, trecenta legasset, et deductis centum rogasset heredem ut hereditatem Sempronio restituat: debere dici, deductis centum, restituta hereditate, legatorum actionem in fideicommissarium dari.* Nach diesem Gesetz so wohl, als nach der *L. ult. C. ad SCt. Trebell.* soll also blos der Fideicommissarius die Last der besondern Vermächtnisse tragen, und der Erbe behält hier seinen vierten Theil von der ganzen Erbschaft. Eben so verordnet dieses auch noch die *L. 2 ff. ad SCt. Treb.* nach welcher dem Erben der vierte Theil, von der ganzen Erbschaft, die Vermächtnisse mitgerechnet, nicht darf geschmälert werden.

§. 10. Von der diesseitigen Meinung weichen aber doch noch verschiedene Rechtsgelehrte b) ab, und behaupten, daß vor allen Dingen, wenn die Quarta Trebellianica sollte bestimmt werden, vorher erst die besondern Vermächtnisse von der Erbschaft müsten abgezogen werden. Sie sehen Vermächtnisse als eine Schuld an, die wie die andern Schulden des Erblassers, vorher erst

b) *Donellus* comment. iur. civ. Lib. 7. cap. 28. ibique. *Hilliger* lit. B. *Dauth* de testament. pag. 524. *Hottomann* de quarta Pegasiana Cap. 4. n. 16. *Treutler* Lib. 2. disp. 14. th. 9. *J. H. Boehmer* Tom. 2. P. 2. consf. 825. n. 10. seq.

erst müsten aus der Erbschaft bezahlet werden, ehe man ein gewisses Quantum bestimmen könne, wovon die Quarta abgezogen werden müsse. — Allein Vermächtnisse, sind nicht wie eine Schuld des Erblassers anzusehn, sondern sie gehören wirklich mit zu dem Erbvermögen. Sie verringern es zwar, aber diesen Schaden braucht der Erbe, an seiner Quarta, die ihm vermöge der Gesetze von dem sämtlichen Vermögen zusteht, nicht zu leiden.

§. 11. Noch glaubt die Gegenseite, daß der diesseitigen Meinung offenbar die *L. 2. C. ad SCt. Treb.* c) entgegenstehe, nach welcher der Erbe auch zu seinem Theil, mit zur Auszahlung der Vermächtnisse concurriren müsse. Nicht zu gedenken, daß dieses Gesetz nicht mal deutlich erkläret, in wie weit der Erbe zur Auszahlung der Vermächtnisse concurrire, und ob er nicht in Ansehung seiner Quarta allerdings hievon frey bleibe: so findet dieses Gesetz doch hier nicht mal völlig seine Anwendung mehr, da man es, wie schon der Herr Geh. Justitzrath Böhmer in der angeführten Disputation bemerkt hat, von den Zeiten verstehn muß, wo nach dem Trebellianischen Rathschluß, nur blos die Erbschafts-Klagen unter dem Erben und Fideicommissarius ge-



c) Ad eum, cui ex Trebelliano SCto pars hereditatis restituitur, succesſionis onera seu legatorum præstationem pro competenti portione spectare, indubitati iuris est.

theilt wurden. Dieser Rathschluß verordnete nichts davon, ob der Erbe auch in Ansehung seiner Quarta zur Auszahlung der Vermächtnisse concurriren müsse, und daher war er auch in Ansehung dieses Theils davon nicht frey.

**Justinian** hat aber, wie oben angeführt ist, den Trebellianischen, und den nachher gegebenen Pegasianianischen Rathsschluß, in eins gebracht, und nach diesem dem Erben, nicht weiter zur Bezahlung der Vermächtnisse verbunden, als in so weit er über den vierten Theil der Erbschaft honoriret ist. Hat der Erbe daher weiter nichts als seine Quarta aus der Erbschaft; so hat er auch mit Auszahlung der Vermächtnisse weiter nichts zu thun, und sie können ihm in Ansehung des ihm zukommenden vierten Theils nicht zur Last fallen. — So müssen wir dieses Gesetz verstehn, und dabey immer auf die ältern Zeiten Rücksicht nehmen, da wir alsdenn leicht einsehen werden, daß selbiges so wenig zum Beweis der gegenseitigen Meinung angeführet werden könne, noch uns weiter im Wege stehe.

# Hundert vier und vierzigste Meditation.

Dem Bürgen steht noch immer das beneficium excussionis zu, wenn er gleich mit einem Eide, die Bürgschaft bestätigt hat.

§. 1.

Der Regel nach muß immer der Hauptschuldner eher belangt werden, als der Bürge, und wenn dieses nicht geschieht, sondern wenn sich der Gläubiger gleich an den Bürgen halten will: so steht diesem das beneficium excussionis oder ordinis zu, vermöge welcher Rechtswohlthat erst der Hauptschuldner ausgeklagt werden muß, ehe er darf in Anspruch genommen werden. Es giebt aber doch gewisse Ausnahmen, wo es dem Gläubiger frey steht, mit Vorbeygehung des Hauptschuldners, sich gleich an den Bürgen zu halten, und unter diese rechnen auch einige b) den Fall, wenn die Bürgschaft mit einem Eide bestätigt ist.

K 4 §. 2.

b) *Gail* Lib. 2. obs. 27. n. 22 seq. *Hering* de fideiuss. Cap. 27. P. 1. n. 35. seqq. *Carpzov* P. 2. const. 17. def. 5. *Treutler* Vol. 2. Disp. 28. th 5. lit. d. in f. *Berlich* P. 2. concl. 22. n. 23. *Lauterbach* de beneficio excuss. th. 12. *Stryk* Us. mod. tit. de fideiuss. §. 23. in f.

§. 2. Die Gründe die sie deswegen anführen, sind ungefehr diese. Sie sagen ein jeder Eid müsse gehalten, und selbigem nachgelebt werden. Wenn also jemand eidlich eine Bürgschaft übernommen hätte: so sey er auch schuldig, so bald er belangt würde, zu bezahlen, zudem da der Eid einer wirklichen Begebung der Rechtswohlthaten gleich sey, und eben die Wirkung habe.

Daß ein jeder Eid, der Regel nach müsse gehalten werden, geben wir gerne zu, daß aber deswegen der Bürge das beneficium excussionis nicht habe, läßt sich um so weniger behaupten, da hier die Rede nicht ist, wenn ein Bürge dieser Rechtswohlthat eidlich entsagt; sondern wenn er sich eidlich verbürgt hat. Im ersten Fall würde jene Regel statt finden, nicht aber hier, da der Eid in diesem Fall nur die Bürgschaft mehr befestigt, nicht aber eine Begebung einer Rechtswohlthat enthält e). Zudem richtet sich der Eid immer, nach der Natur und Eigenschaft des Kontrakts oder der Handlung, der er beygefügt ist; die Natur und Eigenschaft der Bürgschaft bringt es aber mit sich, daß erst der Hauptschuldner belangt werden muß, ehe der Bürge kann in Anspruch genommen werden,

e) Eine ähnliche Bewandnis hat es mit der Compensation, die deswegen doch noch immer Statt findet, wenn einer gleich eidlich zu bezahlen versprochen hat, wie wir dieses in der 49. Meditation des ersten Bandes ausgeführt haben.

den, und daß nur alsdann, wenn der Hauptschuldner seiner Verbindlichkeit kein Genüge leistet, der Bürge zu bezahlen schuldig ist. Daher muß der, der Bürgschaft beygefügte Eid, auch immer mit Vorbehalt der dem Bürgen zustehenden Rechtswohlthaten, verstanden werden, und kann deswegen auch nur so weit seine Wirkung haben. — Aus diesem sieht man nun auch bald, daß jener Satz: als wenn ein Eid, einer wirklichen Begebung der Rechtswohlthaten gleich sey, hier keine Anwendung finden könne, besonders da auch jener Satz nicht so unbestimmt richtig ist, und die Gesetze, die für diesen Meinung angeführt werden, das gar nicht sagen, was sie sagen müssen, wenn sie zum Beweis dienen sollten.

§. 3. Ferner führet man von der Gegenseite noch das *Cap. 9. X. de iureiur.* an, woraus man zu beweisen sucht, daß nach dieser Verordnung die Bürgen, wenn sie mittelst Eides sich verbürget hätten, schlechtweg bezahlen müsten, ohne daß ihnen darin das beneficium excussionis vorbehalten sey. — Allein auch diese Verordnung ist der diesseitigen Meinung gar nicht entgegen. Denn auch hier wird dem Bürgen das beneficium excussionis nicht genommen, sondern die Klage kann nur dann gegen ihn gerichtet werden, wenn der Hauptschuldner nicht zu bezahlen im Stande ist. Aber auch diese Stelle kann auf unsern Fall, nicht mal füglich angewendet werden, wie aus den Wor-

ten selbst zu ersehen. *Ideoque mandamus*, heißt es: *quatenus tam Abbatem, quam Monachos, quam vir. et uxorem ipsius monere curetis, ut sicut iurarunt, eandem conventionem faciant adimpleri.* Hier wird also weiter nichts befohlen: als daß sie so, wie sie eidlich angelobet haben, die Convention erfüllen sollen. Das thut aber auch noch immer ein Bürge, wenn er sich des beneficium excussionis bedienet.

§. 4. Wenn man endlich noch erinnert, daß in dem Fall, wenn der Bürge hier das beneficium excussionis haben sollte, der Eid ja ohne den geringsten Nutzen und ohne Wirkung sey, da ohne den Eid schon der Bürge zur Bezahlung verpflichtet wäre, wenn der Hauptschuldner nicht bezahlen könne: so können wir hierauf nur dies erwiedern, daß es einen Theils nicht immer richtig, daß hier der Eid ohne Wirkung sey, andern Theils aber auch oft in andern Fällen dergleichen kauteln, wenn sie gleich nicht immer von Nutzen sind, beobachtet werden.

§. 5. Aus den, von der Gegenseite gemachten Einwürfen siehet man bald, wie wenig sie die Sache selbst berühren, und mit wie wenigem Grund man daher jene Meinung erweisen kann. So lange also in dem Eide keine Begebung dieser Rechtswohlthat enthalten, so lange er blos zur Befestigung der Bürgschaft, ihr beygefügt ist: sa lange müssen wir auch diesen

Eid nicht weiter ausdehnen, als so weit er die Verbindlichkeit aus der Bürgschaft selbst betrift, besonders da das beneficium excussionis in der grösten Billigkeit seinen Grund hat, und ohne Ursach dem Bürgen nicht darf genommen werden f).

# Hundert fünf und vierzigste Meditation.

## Die L. F. C de fideicom. geht auch auf Vermächtnisse.

### §. 1.

Nach der L. F. C. de fideicom. sind solche Fideicommisse die der Erblasser dem gegenwärtigen Erben auferlegt, wenn auch gleich keine Zeugen dabey gegenwärtig gewesen sind, gültig. Leugnet der Erbe, daß ihm das Fideikommis auferlegt sey, so kann ihm desfalls von dem Fideicommissarius der Eid zugeschoben werden, und

f) Der diesseitigen Meinung sind *Fachineus* contr. iur. Lib. 3. cap. 15. *Zanger* de except. P. 2. cap. 16. n. 14. *Faber* in cod. def. for. Lib. 8. tit. 27. def. 31. n. 7. *Gomez* Var. resol. cap. 13. n. 21. *Struv* ex 47. §. 43. *Perez* ad Cod. tit. de fideiuss. n. 27. *Coccei* Jus contr. eod. tit. qu. 12. n. 7.

und er muß schwören, daß er dergleichen nicht von dem Erblasser gehöret habe g).

Wie aber, wenn der Erblasser seinem Erben mit einigen Vermächtnissen beschweret, wenn er ihm mündlich befiehlet, einige Vermächtnisse an gewisse Personen auszuzahlen, dabey aber keine Zeugen gegenwärtig gewesen sind, ist der Erbe schuldig diesem nachzukommen, und können die Legatarien das ihnen auf diese Art hinterlassene Vermächtniß, von dem Erben fordern?

§. 2. Bey Beantwortung dieser Frage kömmt es vornämlich darauf an, ob die *L. fin. C. de fideicom.* auch mit auf Vermächtnisse gezogen werden könne.

Dem ersten Anschein nach, scheinet jenes Gesetz, welches nur blos von Fideicommissen redet, keine Ausdehnung zu verstatten, und daher auch nicht auf Vermächtnisse zu gehen h).

Allein, wenn es gleich wahr ist, daß jenes Gesetz eigentlich nur von Fideicommissen redet: so glauben wir dennoch, daß davon keinesweges die

g) §. 12. J. de fideicom. hered.

h) *Heigius* id. J. de fideicom. hered. n. 6. *Franzkius* ad §. fin. J. eiusd. tit. *Sande* decis. Fris. lib. 4. tit. 5. def. 18. *Huber* præl. ad J. Tit. de sing. reb. per fid. rel. nr. fin.

die Vermächtnisse ausgeschlossen, sondern allerdings mit unter jenen Gesetz begriffen sind i).

§. 3. **Justinian** hat einmal den sonst zwischen den Fideicommissen und Vermächtnissen gewesenen Unterschied völlig aufgehoben, und beyde einander gleich gemacht k): so daß auch der Unterschied, der sonst in Absicht der Wörter unter beyden eintrat, da nämlich die Fideicommisse bittsweise, Vermächtnisse aber befehlsweise hinterlassen werden müsten, nicht mehr Statt findet l). Ist aber dieses gegründet, so folgt auch daraus mehr als zu deutlich, daß, so lange zwischen beyden keine besondere Rechte eintreten, alles das, was von Fideicommissen gilt, auch von Vermächtnissen gelten müsse, besonders da der in jenem Gesetz angegebner Grund, damit der Wille des Verstorbnen erfüllet werde, nicht blos bey Fideicommissen, sondern auch bey Vermächtnissen Platz findet.

---

Hundert

i) *Treutler* vol. 2. disp. 14. th. 8. tit. I. *Richter* dec. 62. n. 18 seq. *Hahn* ad Wesenb. Tit. de cod. *Philippi* usus pr. Inst. ecl. 103. n. 3. *Thomasius* not. ad J. Tit. de fideic. hered.

k) §. 3. J. de leg. L. 1 ff. de leg. 1.

l) L. 2. C. com. leg.

# Hundert sechs und vierzigste Meditation.

Ein Fideicommiß welches dem gegenwärtigen Erben auferlegt ist, verbindet ihn nur blos allein, nicht aber seine übrige abwesende Miterben.

§. 1.

In der vorhergehenden Meditation haben wir bereits erwähnet, daß alsdenn ein Fideikommiß ohne alle weitere Feyerlichkeiten auf eine rechtsbeständige Art hinterlassen werden könne, wenn der Erblasser solches dem gegenwärtigen Erben auferlegt hat. Aber, wie wenn mehrere Miterben da sind, der Erblasser aber nur einen von demselben mit einem Fideikommiß für sich und seine abwesende Miterben beschwert hat, sind alsdenn diese auch schuldig das Fideikommiß zu halten? und wenn sie es nicht sind, muß alsdenn der gegenwärtige Erbe das Ganze prästiren, oder ist er nur zu seinem Theil verbunden?

§. 2. Was die erste Frage anbetrift, so behauptet Schilter m), daß ein solches mehreren Erben, von welchen einer gegenwärtig, die übrigen

m) Prax. iur. rom. ex. 40. app. 2.

gen aber abwesend gewesen sind, auferlegtes Fideicommiß, nicht blos jenen, sondern auch diese verbinde. Die Gründe, wodurch er diese seine Meinung zu erweisen sucht, nimmt er theils aus der Absichts des Gesetzgebers her, welche hier in der Treu des Erben beruhet, und nach welcher derselbe auch verbunden ist, das ihm auferlegte Fideicommiß zu prästiren; theils hält er dafür, daß wenn gleich den abwesenden Miterben der Eid dahin nicht zugeschoben werden könne, daß sie dergleichen von dem Erblasser nicht gehöret hätten, dennoch der Eid auf ihre Wissenschaft und Wohlbewust gestellt werden könne.

§. 3. Allein jene Gründe scheinen uns keinesweges so beschaffen zu seyn, daß man daraus die gegenseitige Meinung behaupten könne. Sie widerstreiten offenbar der *L. ult. C. de fideic.* welche doch allein in Beantwortung obiger Frage zum Grunde gelegt werden muß. Jenes Gesetz giebt offenbar zu erkennen, daß die Gegenwart des Erben zur Form solcher Fideicommisse erfordert werde, und daß davon blos ihre Gültigkeit abhänge. Denn alles was in dem Gesetz gesagt wird, läßt sich auf keine Art von Abwesenden sagen. Um sich davon zu überzeugen, braucht man nur jenes Gesetz anzusehen, und damit den §. 12. *J. de fideic. hered.* zu verbinden. Die Gültigkeit solcher dem Erben von dem Erblasser auferlegten Fideicommisse liegt also blos darin, weil der Erblasser solches der Treu des Erben auferlegt hat, dies fällt aber

schlech=

schlechterdings bey Abwesenden weg. Ja es thut auch nichts, wenn gleich der gegenwärtige Erbe eidlich behauptet, daß nicht blos ihm allein, sondern auch seinen übrigen Miterben, das Fideicommiß auferlegt sey. Denn theils hat eine solche Aussage, da hier die gesetzliche Anzahl der Zeugen fehlet, keinen Glauben, theils kann auch der Erbe seine Miterben auf keine Art präjudiciren.

§. 4. Hieraus läßt sich also leicht einsehen, wie unbedutend in der That obige angeführte gegenseitige Gründe sind. Denn ist es gleich wahr, daß der Gesetzgeber hauptsächlich bey dergleichen Fideicommissen, auf die Treu des Erben, solche zu erfüllen, Rücksicht genommen habe: so ist es auch im Gegentheil wahr, daß das Gesetz zugleich die Gegenwart des Erben ausdrücklich erfordert, und nur den gegenwärtigen Erben verbinden wolle.

So sagt ja auch selbst das Gesetz, daß im Leugnungsfall der Fideicommissarius, dem Fiduciarius den Eid dahin, daß er dergleichen von dem Erblasser nicht gehöret, zuschieben könne. Diese Eidesformel aber läßt sich bey Abwesenden nicht gebrauchen, da diese allemal solches sicher schwören könnten. Dieses giebt Schilter selbst zu, aber er glaubt, daß, wenn der gegenwärtige Erbe zuerst den Eid nach jener Formel ausgeschworen habe, alsdenn den abwesenden Miterben der Eid über ihr Wissen und Wohlbewust

zugeschoben werden könne. Allein dies ist nicht blos gegen das Gesetz geredet, welches von einem solchen Eid nichts sagt, und schlechtweg obige Eidesformel vorschreibt; sondern das würde auch selbst den größten Betruge, reine Thür und Thor öffnen. Ohne Gesetze hier also was anzunehmen, ist mißlich und ungerecht, daher denn auch die meisten Rechtsgelehrten n), jener Meinung widersprechen.

§. 5. Ist daher nur blos der gegenwärtige Erbe an ein solches Fideikommiß gebunden, so entsteht die Frage: ob er nur für seinen Theil verbunden sey, oder ob er das Ganze prästiren müsse? Es wird hiebey darauf ankommen, ob die Sache welche der Erblasser mit einem Fideikommiß belegt, so beschaffen sey, daß selbige getheilet werden könne, oder nicht. Im erstern Fall braucht er nur so viel von dem Fideikommiß zu restituiren, als sein Theil beträgt, also wenn vier Erben da sind, denen sämtlich ein Fideikommiß auferlegt ist, den vierten Theil. Im letztern Fall aber, wenn die Sache, die mit einem Fideikommiß belegt ist, keine Theilung leidet, ist er auf das Ganze verpflichtet o).

Hundert

n) *Esbach* ad Carpz. pag. 2. const. 9. def. 40. *Brunnemann* ad L. ult. C. de fideic. n. 9. *Finkelthaus* obs. 51. n. 11. *Müller* ad Struv ex 36. §. 23. *Stryk* U. M. Tit. ad Sct. Treb. §. 8. *Leyser* spec. 401. m. 2.

o) L. 11. §. 23. 24 ff. de leg. 3. *Brunnemann* ad eand. leg.

# Hundert sieben und vierzigste Meditation.

Ein Pächter kann auch wegen der schon eingeerndten Früchte, Nachlaß verlangen, wenn er durch einen Unglücksfall solche verlohren hat.

§. 1.

Wenn wir hier annehmen, daß ein Pächter, wegen des, an seinen bereits eingeerndten Früchten, erlittenen Schaden, Nachlaß am Pachtgelde zu fordern berechtigt sey: so setzen wir hiebey, wie sich auch schon von selbst versteht, immer zum voraus, daß so wohl der Pächter an dem erlittenen Schaden selbst, keine Ursach sey; als auch, daß seine eigene Nachläßigkeit und Saumseligkeit ihm nicht an der Benutzung dieser eingeerndten Früchte verhindert habe; überhaupt aber, daß der Nachlaß wohl nicht anders als von den Früchten des letzten Jahrs zu suchen sey.

§. 2. Jene Einschränkung unsers Satzes rathet auch schon die natürliche Billigkeit selbst an, die bey Bestimmung des Nachlasses am Pachtgelde, wegen erlittenen Schaden, hier fürnämlich auch muß zum Gruude gelegt werden.

Aber

Aber auch diese Billigkeit haben die Gesetze selbst anerkannt p), und wollen nicht, daß der Pächter, den an seinen Früchten, durch einen Unglücksfall, erlittenen Verlust, allein stehen solle. Sie machen aber dabey keinen Unterschied, ob die Früchte, woran sich dieser Schade zugetragen hat, schon eingeerndet sind oder nicht; sondern sie reden unbestimmt von allen Früchten.

§. 3. Machen die Gesetze nun in Ansehung der Früchte keinen Unterschied, warum sollte man denn nur allein bey den, an den noch nicht eingeerndten Früchten, erlittenen Schaden, dem Pächter einen Nachlaß zustehen? Im Grunde, ist es doch dem Pächter von gleichem, und fast von noch grösserm Schaden, wenn er die eingeerndteten Früchte, als wenn er die noch auf den Stamm stehende, verlieret. Auf erstere hat er doch schon mehrere Mühe und Arbeit angewendet, und verlieret daher bey diesen immer weit mehr. Zudem nimmt auch ein Pächter, bey Bestimmung des Pachtgeldes, allein auf die Nutzung der Früchte Rücksicht, und wegen dieser wird auch nur das Pachtgeld entrichtet: hat also der Pächter diesen Zweck nicht erreichen können, hat er durch einen Unglücksfall, der auch den Verpächter eben so gut würde getroffen haben, wenn er seine Güter selbst bebauet hätte, einen Verlust an den Früchten erlitten: so ist es



p) L. 15. §. 2. 3. L. 25. §. 6 ff. und L. 8. C. locat. cond.

auch an sich schon billig, daß der Verpächter auch diesen Schaden etwas mittrage, und an dem Pachtgelde seinem Pächter, nach Beschaffenheit des Schadens, einen Theil, oder dasselbe ganz erlasse. Dieses alles aber läßt sich nun so gut auf die eingeerndteten, als auf die noch auf dem Stamm stehende Früchte anwenden.

§. 4. Aber auch die Gesetze bestätigen nicht undeutlich unsern Satz. Die angeführte *L. 15. §. 3. ff. locat. cond.* sagt hievon: *Cum quidam incendium fundi allegaret, et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: Si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est.* Hier wird zwar wörtlich nicht der Früchte gedacht: allein da wegen abgebrannter Gebäude des Verpächters kein Nachlaß gesucht wird, weil diesen Unglücksfall der Verpächter allein tragen muß; eben so wenig auch, wenn durch diesen Brand des Pächters eigenthümliche Sachen verloren gegangen wären: so kann man wohl dieses Gesetz, noch nichts anders, als von dem Fall, wenn die Früchte aufgebrannt sind, verstehn.

§. 5. Endlich liesse sich auch für die diesseitige Meinung noch vielleicht wohl ein Grund daher nehmen, wenn wir hier noch die Verordnung der *L. 2. C. de rescind. vend.* in so weit nämlich vom Nachlaß des Pachtgeldes die Rede ist, wollten eine Anwendung finden lassen. Und dieses kann man auch füglich thun. Denn

da

da doch das Pachtgeld, wie schon oben angeführet ist, nur allein für die Nutzung der zu erzielenden Früchte gegeben wird; hier also auch augenscheinlich eine Verletzung über die Hälfte eintrit, wenn die eingeerndtete Früchte durch einen Unglücksfall sämtlich verloren gehn: so könnte doch auch schon aus diesem Grunde billig ein Nachlaß gefordert werden q).

§. 6. Aus obigen läßt es sich nun bald beurtheilen, ob die diesseitige Meinung nicht so wohl nach der Billigkeit, als auch selbst nach den Rechten, immer der gegenseitigen vorzuziehen sey. Allein dem ohngeachtet ist doch die Meinung anderer Rechtsgelehrten r), welche wegen



q) Diesseitiger Meinung sind: *Mevius* in resolut. sing. quæst. iur. in caus. propriet. et pensionar. Cap. 1. n. 184 seqq. *Wege* de locat. et cond. Cap. 8. n. 104 seqq. *Leyser* Tom. 11. med. suppl. 217. Strube rechtl. Bedenken Th. 1. Bed. 95. *G. L. Boehmer* de obligat locator. ob usum rei locatæ imped. cap. 1. §. 20 seq. In Elect. iur. civ. Ex. 10. Winkler von Kriegsschaden der Pächter und Miethsleute Sect. 1. cap. 3. n. 93.

r) *Struv* ex. 24. th. 17. in f. *Carpzov* P. 2. const. 37. def. 20. *Franzkius* ad tit. ff. locat. cond. n. 130. *Perez* ad Cod. eod. tit. n. 26. *Lauterbach* Coll. th. pr. eod. tit. ff. §. 89. *Hahn* ad Wesenb. eod. tit. n. 16. *Boehmer* Tom. 2. P. 1. Resp. 386. n. 4. 5. 6. *Brunnemann* ad L. 15 ff. locat. cond. n. 7. seq. *Stryk* Us. mod. tit. locat. cond. §. 79. et Caut. contract. Sect. 2. cap. 9. §. 20. *Wernher* P. 6. obs. 414.

gen des, an den bereits eingeerndten Früchten, erlittenen Schadens, dem Pächter keinen Nachlaß zukommen lassen wollen, weit allgemeiner, so daß, wie auch fast alle zugeben, gewöhnig-lich nach ihr gesprochen wird, und solche bey den meisten Collegiis und Fakultäten angenommen ist.

§. 7. Unter den in der (Note r) angeführten Rechtsgelehrten sind einige, welche bey den Früchten noch den Unterschied machen, ob solche bereits eingeerndtet sind, oder ob sie noch abgemähet auf dem Lande stehn, und verstatten im leztern Fall nur dem Pächter einen Nachlaß. Andere von ihnen aber wollen auch hier nicht mal einen Nachlaß statt finden lassen. Ohne uns aber bey diesem angenommenen Unterschied der percipirten Früchte, der in den Gesetzen gar keinen Grund findet, aufzuhalten, wollen wir gleich die Gründe der gegenseitigen Meinung hier noch etwas näher prüfen.

§. 8. Man sagt: so bald der Pächter die Früchte percipire, oder so bald er sie abmähe und einscheuren lasse; so wären sie sein Eigenthum, und daher müste er als Herr derselben auch die Gefahr davon stehen. — Dieses geben wir völlig zu, da der Pächter eben so wohl auch von den, auf dem Stamm, stehenden Früchten Herr und Eigenthümer ist. Allein, ob deswegen, in Ansehung, des an jenen Früchten erlittenen Schadens, kein Nachlaß des Pachtgel-

des

des könne verlangt werden? ist eine ganz verschiedene Frage.

So gut wie von diesen, so gut kann auch wegen jener Nachlaß gefordert werden, denn hier ist nicht die Frage, ob der Verpächter, dem Pächter allen erlittenen Schaden und Verlust ersetzen soll, welches er nach dem oben angeführten gegenseitigen Grunde, zu thun nicht schuldig ist: sondern es wird hier nur nach der Billigkeit ein Nachlaß des Pachtgeldes gefordert, weil der Pächter die Benutzung der Früchte, weshalb er doch eigentlich das Pachtgeld hätte geben müssen, entbehren muß.

§. 9. Jener gegenseitige Grund paßt also so wenig auf unsern Satz, als die Gesetze s), welche noch von der Gegenseite hieher gezogen werden. Wir wollen sie nach der Reihe durchnehmen.

Die *L. 1. C. de locat. et cond.* enthält folgendes: *Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturam latronum, conductori praestare non cogitur. His cessantibus, si quid extrinsecus ex depositis rebus, illaesis horreis, perierit: damnum depositarum rerum ei resarcire debet.* In diesem Gesetz ist der Fall enthalten, wenn jemand einem eine Scheune zur Hinlegung des Getreides vermiethet hat, und dieses auf die eine, oder die andere Art, ohne



s) L. 1. und 12. C. de locat. cond.

Schuld des Verpächters, verlohren gegangen ist: so braucht dieser alsdenn, dem Miethsmann den Schaden davon nicht zu ersetzen. — Dieses Gesetz kann also auf den Fall nicht angewendet werden, wenn einer durch einen Unglücksfall, die von dem gepachteten Lande, eingeerndte Früchte verlohren hat.

§. 10. Eben so verhält es sich mit der *L. 12. C. eod. tit* Sie sagt: *Damnum, quod per aggressuram latronum in possessionibus locatis rei tuae illatum esse proponis, a domina earundem possessionum, quam nullius criminis ream facere te dicis, resarciri tibi nulla ratione desideras.* Hier war dem Pächter an seinen eigenen Sachen, ein Schade zugefügt, wie die Worte *rei tuae* deutlich zeigen, und diesen muß der Pächter, wie billig auch selbst stehn, und kann deshalb von dem Verpächter keinen Nachlaß an dem Pachtgelde verlangen. —

Dies sind ungefehr die Gründe für die gegenseitige Meinung, die, wie man bald einsehn kann, in der That sehr schwach, und auf unsern Fall selbst ganz und gar nicht passend sind. Da aber diese Meinung, daß ein Pächter, wegen des an seinen eingeerndten Früchten, erlittenen Schadens, keinen Nachlaß des Pachtgeldes zu fordern berechtigt sey, so allgemein von vielen und den meisten angenommen ist: so ist es für den Pächter eine Kautel, sich dieserwegen, und überhaupt wegen der zu tragenden Un-

glücks-

glücksfälle, gehörig bey seiner Pachtung vorzusehen, und desfalls in dem Pachtkontrakt ein gewisses bestimmen und festsetzen zu lassen.

---

# Hundert acht und vierzigste Meditation.

Der Vermiether braucht dem Miethsmann, weiter nichts als die Miethe nachzulassen, wenn er, wegen entstandener Nothwendigkeit, das vermiethete Haus selbst beziehn muß.

## §. 1.

Es hatte jemand einem andern ein Haus auf 6 Jahre jährlich zu 40 Rthlr. vermiethet. Nach Verlauf von 3 Jahren ereignete sich ein Zufall, daß der Vermiether dieses Haus nothwendig selbst beziehen muste, und der Miethsmann war auch nicht abgeneigt, solches zu räumen. Weil er aber nunmehro eine andere Wohnung miethen, und solche 10 Rthlr. jährlich höher, wie die andere bezahlen muste: so verlangte er, daß der Vermiether ihm, von den drey Jahren, die er noch nach dem Kontrakt zu wohnen das Recht gehabt hätte, die 10 Rthlr. welche er jezt jährlich mehr bezahlen müste, vergüten solle.

§. 2. Der Miethsmann glaubte, daß der Vermiether nicht nur nach der natürlichen Billigkeit, zur Schadensersetzung verbunden sey, sondern daß er auch selbst nach allen Rechten hiezu müsse angehalten werden, da er doch die Ursach sey, daß er die Miethzeit nicht habe aushalten können, folglich da ihm das Factum des Vermiethers nicht zum Nachtheil gereichen könne, er aber doch ohne alles Verschulden hier in den 3 Jahren, einen Schaden von 30 Rthlr. leiden würde: so stimme auch nichts mit den Grundsätzen des Rechts und der natürlichen Billigkeit mehr überein, als daß er wegen dieses Vorfalls der aus seiner Person nicht herrühre, schadlos gehalten würde.

§. 3. Allein diesem ohngeachtet, konnte doch der Vermiether zu weiter nichts, als zum Nachlaß des Miethgeldes, und zwar von der Zeit, da der Miethsmann das Haus nicht weiter bewohnte, angehalten werden.

Es ist bekannt, daß der Vermiether nach der *L. 3. C. de locat. cond.* das Recht hat, die Miethe aufzukündigen; wenn er wegen nicht vorhergesehener eigenen Nothwendigkeit, das Haus selbst gebrauchen und bewohnen muß. Bedienet er sich also, bey ereignendem Vorfall, dieses Rechts: so handelt er nach den Gesetzen, und thut dem Miethsmann auf keine Weise Unrecht. Er kann deswegen auch

auch zu einer Schadensersetzung gar nicht angehalten werden t).

§. 4. Aber auch noch die Gesetze, bestätigen diesen Satz ausdrücklich. Im *Cap. 3. X. de locato et cond.* wird gesagt: *Verum invito inquilino domum inhabitare vel reficere poteris, si necessitas (quae tamen non imminebat locationis tempore) id exposcat: remissa sibi pro residuo temporis, pensione.* Hier wird also nur blos vom Nachlaß des Miethgeldes Erwähnung gethan, und keiner Schadensersetzung gedacht.

Ferner wird auch nur alsdenn der Vermiether zur Schadensersetzung schuldig erkannt, wenn der Miethsmann aus einer solchen Ursach, die der Vermiether wohl hätte abwenden können, aus dem Besitz hat weichen müssen u): wenn dieses aber eine solche Ursach ist, die der Vermiether nicht hat abwehren können, alsdenn ist er auch nur blos zum Nachlaß des Miethgeldes verbunden v). Hieher gehört nun auch der Fall, wenn

t) *G. L. Boehmer* de obligatione locatoris, ob impedimentum rei locatae usum Cap. 1. §. 14. In elect. iur. civ. Tom. 1. Ex. 10.

u) *L. 33 ff. locat. cond.* -- Nam si colonus tuus fundo frui, a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei præstatis, quanti eius interfuerit, frui: in quo etiam lucrum eius continebitur.

v) In demselben Gesetz heißt es weiter: Sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter

wenn der Vermiether entweder sein Haus nothwendig selbst bewohnen, oder bessern muß, wie von diesem leztern Fall, auch die angeführte *L. 35. ff. locat. cond.* redet. Denn da sich hier eine Nothwendigkeit ereignet, die der Vermiether nicht hatte voraussehn können, also auch eine solche Ursach, weswegen der Miethsmann weichen muß, eintritt, zudem dieser sich auch blos des ihm zustehenden Rechts bedient: so konnte auch der Miethsmann schlechterdings keine Schadensersetzung verlangen, sondern muß mit dem Nachlaß des Miethgeldes von der Zeit, da er das Haus nicht mehr bewohnt, zufrieden seyn.

---



propter vim maiorem, aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem, remittere, aut reddere debebis. -- Noch bestätigt dieses die *L. 35. eod. tit.* Et hæc distinctio convenit illi, quæ a Servio introducta, et ab omnibus fere probata est, ut, si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario, nec ne, id opus demolitus est, quid enim interest, utrum locator insulæ propter vetustatem cogatur, eam reficere, an locator fundi cogatur ferre iniuriam eius, quem prohibere non posset? *Mevius* P. 2. dec. 84.

# Hundert neun und vierzigste Meditation.

Die Gläubiger müssen beweisen, daß sich die Kinder in die väterliche Erbschaft immisciret haben, wenn sie solches leugnen, und aus andern Umständen dieses nicht klar ist.

§. 1.

Der Prätor hat, wie bekannt, den Kindern, welche nach dem strengern Recht immer Erben ihres Vaters wurden, sie mochten es wollen, oder nicht — das *beneficium abstinendi* gegeben, welche Rechtswohlthat ihnen die Freyheit ertheilet hat, nach ihren Gefallen die väterliche Erbschaft auszuschlagen. Es kommt hier also lediglich auf ihre Erklärung an, ob sie sich dieser Rechtswohlthat bedienen wollen, oder nicht. Hieraus nehmen wir nun die Folge: so bald sich die Kinder erklären, daß sie sich dieser Rechtswohlthat bedienen wollen, und die Gläubiger wollen sie doch als Erben in Anspruch nehmen: so sind sie auch verbunden, die Immixtion derselben zu beweisen, theils da diese ein Factum voraussetzt, was allemal im Leugnungsfall muß bewiesen werden; theils auch die Gläubiger den Grund ihrer Klage in dem Erbrecht der Kinder setzen, davon sie auch allemal den Beweis überneh-

nehmen müssen. Denn so bald die Gläubiger die Kinder in Anspruch nehmen, so belangen sie solche als wirkliche Erben; setzen ihnen nun die Kinder die exceptio beneficii abstinentiae entgegen, und die Gläubiger repliciren hierauf, daß sie sich in die Erbschaft immisciret hätten, oder welches einerley, daß ihnen das beneficium abstinentiae nicht mehr zustehe, so liegt ihnen auch den Rechten gemäs, hievon der Beweis ob.

§. 2. Hiegegen thut nun auch nichts, wenn gleich die Kinder ipso iure Erben sind. Wollte man hieraus folgern, daß deswegen auch den Gläubigern der Beweis nicht könne aufgelegt werden, weil dieses iuris sey, und keines Beweises bedürfe, die Ausschlagung der Erbschaft aber immer ein Factum voraussetze, das die Kinder erweisen müsten: so würde man hierin offenbar unrichtig urtheilen. — Die Kinder sind zwar ipso iure Erben: allein ihnen steht dagegen auch, das vom Prätor ertheilte beneficium abstinentiae zu, dessen sie sich nach Gefallen bedienen können, und nicht die geringste Solennität erfordert. Sie brauchen sich nur zu erklären, und es steht ihnen schon von selbst zu. Geben sie also, bey der gegen sie angestellten Klage vor, daß sie sich dieser Rechtswohlthat bedienen, und mit der Erbschaft weiter nichts zu thun haben wollten: so ist von ihrer Seite kein Beweis hierüber mehr nöthig, da die Gesetze weiter nichts, als diese Erklärung von ihnen fordern.

§. 3.

§. 3. Ferner muß ein jeder, der einem andern von der, ihm der Regel nach zustehenden Rechtswohlthat ausschliessen will, beweisen, daß der andere sich dieser Rechtswohlthat nicht weiter bedienen könne. Nach dieser Regel würde also auch hier, den Gläubigern der Beweis aufliegen, da, wie bekannt, den Kindern das beneficium abstinendi schlechtweg zusteht.

§. 4. Auch hier findet der Einwurf keinen Grund, als wenn das beneficium abstinendi als ein ius singulare, von demjenigen, der es sich bedienen wolle, auch müsse bewiesen werden. Wenn wir dieses vom Prätor ertheilte Recht, auch als ein ius singulare ansehen wollten; so würde daraus doch noch jenes nicht folgen, da einmal das beneficium abstinentiae als ein in der Willkühr der Kinder beruhendes Recht, durch die blosse Erklärung ihnen schon zusteht. So bald sie sich also hierüber erklären, so begeben sie sich schon von selbst ihres Erbrechtes, und es bedarf dieses also keines weitern Beweises.

§. 5. Endlich streitet auch die *L. 57. ff. de acq. vel omitt. hered.* nicht mit unsern angenommenen Satz. Denn wenn gleich darin gesagt wird: *creditoribus hereditariis iure civili teneantur*, so steht doch auch gleich dabey, *tamen in eos actio non detur*, *si velint derelinquere hereditatem.* Ueberdem ist hier nur blos von der Verbindlichkeit der Kinder, die aus dem strengern Recht, nach welchem sie immer Erben blie-

blieben, herrührte, die Rede; es wird hierin also gar nicht behauptet, daß die Immixtion ipso iure präsumiret würde.

Wenn wir aber mit den meisten Rechtsgelehrten w) den Satz annehmen, daß nämlich den Gläubigern der Beweis der Immixtion obliege: so setzen wir, wie sich schon von selbst versteht, zum voraus, daß die Kinder nicht durch ihre Handlungen ein anders zu erkennen gegeben haben. Ist dies, und sie wollten denn, das beneficium abstinentiæ vorschützen: so würden sie auch davon, den Beweis zu übernehmen schuldig seyn.

---

Hundert

w) Diesseitiger Meinung sind: *Gail* Lib. 2. obs. 128. *Menochius* de præsumt. Lib. 4. praes. 99. *Mascard* de probation. Concl. 804. n. 1. *Carpzov* P. 3. const. 14. def. 20. et Resp. Lib. 6. resp. 64. n. 4 seqq. *Struv* ex 34. th. 22. *Berlich* P. 1. concl. 37. n. 3. *Mevius* P. 1. dec. 71. 72. *Wernher* P. 4. obs. 229. et suppl. P. 7. obs. 1. n. 34. *G. L. Boehmer* de herede suo ab heredit. se abstin. Cap. 3. §. 25. Gegenseitiger Meinung sind, ob sie gleich den Gerichtsgebrauch anders anerkennen: *Averanius* Interpr. iur. Lib. 1. cap. 9. n. 7. *Henr. Coccejii* de successione nepotum Sect. 3. §. 5. seqq. In exercit. Tom. 1. disp. 95. *Sam. de Coccejii* Jus contr. Tit. de acquir. vel omitt. hered. qu. 3. *Stryk* Us. mod. eod. tit. §. 4.

# Hundert und funfzigste Meditation.

Die L. 3. C. de apoch. publ. geht auch auf solche Quitungen die von Privat-Personen ausgestellet sind.

§. 1.

Ein Gläubiger belangte seinen Schuldner wegen rückständiger 10 jähriger Zinsen, der Schuldner aber behauptete, daß er solche bezahlt und nichts schuldig wäre. Zum Beweis dieser Behauptung brachte er die Quitung von den nächsten drey Jahren bey, und gründete sich in der *L. 3. C. de apoch. publ.* nach welcher vermuthet wird, daß derjenige, der die Zinsen von den nächst verflossenen drey Jahren bezahlt, solche auch von den verflossenen abgetragen habe. Der Gläubiger konnte zwar die von ihm ausgestellte Quitungen nicht ableugnen, er glaubte aber, daß die *L. 3. C. de apoch. publ.* auf diesen Fall sich nicht anwenden lasse, weil theils derselbe nur von solchen Geldern rede, die einer dem Staat schuldig sey, wie solches die Ueberschrift des Titels auswiese: theils auch jene Verordnung, da sie in der That hart, und von der Regel, nach welcher derjenige der sich in der Bezahlung einer Schuld gründet, solche bewei-

sen müsse x), abwiche, nicht weiter ausgedehnt werden dürfe.

§. 2. Jenes Gesetz lautet so: *quicunque de provincialibus et collatoribus, decurso posthac quantolibet annorum numero, cum probatio aliqua ab eo tributariae solutionis exposcitur, si trium sibi cohaerentium annorum apochas securitatesque protulerit, superiorum temporum apochas non cogatur ostendere, neque de praeterito ad illationem functionis tributariae coerceatur, nisi forte aut curialis, aut quicunque apparitor, vel optio, vel actuarius, vel quilibet publici debiti exactor sive compulsor, possessorum vel collatorum habuerit cautionem: aut id quod reposcit, deberi sibi manifesta gestorum adsertione patefecerit.*

Der Inhalt dieses Gesetzes weiset schon aus, daß solcher nicht blos auf die über die Bezahlung des census tributarii gegebenen Quitungen könne eingeschränket werden, da der Grund des Gesetzes ganz allgemein ist.

Denn so unwahrscheinlich es ist, daß ein Gläubiger so nachläßig seyn sollte, über die Bezahlung der Zinsen von den nächsten drey Jahren Quitungen auszustellen, und die von den vorhergehenden Jahren stehen zu lassen, und nicht einzufordern; eben so wahrscheinlich ist es auch, daß ein Schuldner der die Zinsen von den drey lezten Jahren

x) L. 12 ff. de prob.

ren bezahlt, solche auch von den vorhergehenden bezahlt habe. Der Grund und die Veranlassung beruhet hier also blos in der Nachlässigkeit, und da dieser Grund allgemein ist; so findet hier auch die bekannte Regel, *ubi est eadem legis ratio, ibi est eadem legis dispositio*, ihre Anwendung y).

§. 3. Auf diese Art fallen also die vorhin angeführten Zweifelsgründe von selbst weg. Denn aus der Ueberschrift des Titels läßt sich um so weniger ein Beweis für die gegenseitige Meinung hernehmen, da es bekannt ist, daß theils die Ueberschriften keine Gesetze ausmachen, theils auch in dem römischen Gesetzbuch die Gesetze nicht immer unter die gehörigen Titel gebracht sind.

So dann kann man auch jener Verordnung keiner Härte beschuldigen, da gewis derjenige die äusserste Nachlässigkeit verräth, und keines Beystandes der Gesetze würdig ist, der Zinsen von den leztern Jahren annimt, und die vorhergehenden stehen läßt. Ja es würde im Gegentheil immer hart von dem Schuldner seyn, wenn man denselben zwingen wollte die Bezahlung der Zinsen zu beweisen, wenn er desfalls Quitungen von den drey leztern Jahren in Händen hat. Daher denn auch die Rechtsgelehr-



y) L. 12 et 13 ff. de leg.

ten z) mit Grund den Schuldner von einem solchen Beweis freysprechen, und dem Gläubiger die Zinsen absprechen, wenn er nicht beweisen kann, daß er die Zinsen noch zu fordern habe.

Wir bemerken hier nur noch, daß jenes Gesetz nur alsdenn seine Anwendung finde, wenn die Zinsen von jedem Jahr bezahlet sind, also nicht wenn drey jährige Zinsen auf einmal abgetragen sind. Ferner müssen es solche Abgaben seyn, die jährlich zu einer gewissen Zeit bezahlet werden müssen, also nicht, wenn einer eine Schuld auf Termine bezahlet hat, und drey Quitungen darüber in Händen hat.

---

Hundert

z) *Carpzov* part. 2. const. 2. def. 7. *Perez* ad C. tit. de apoch. publ. in f. *Mynsinger* cent. 8. obs. 39. *Pistor* obs. 195. *Stryk* caut. contr. Sect. 4. cap. 3. §. 7. *Puffendorf* Tom. 1. obs. 173. Tom. 2. obs. 162. *Leyser* sp. 530. m. 8. *Wernher* Tom. 1. part. 5. obs. 220.

# Hundert ein und funfzigste Meditation.

Dem Bürgen steht die exceptio excussionis alsdenn nicht zu, wenn gleich der Schuldner in einem benachbarten fremden Lande sich aufhält.

§. 1.

Daß der Bürge sich mit der ihm in der Nov. 4. Kap. 1. und der *auth. praesente C. de fideiuss.* gegebenen *exceptio excussionis*, gegen die von dem Gläubiger wider ihn angestellten Klage nicht schützen könne, wenn der Hauptschuldner abwesend ist, ist keinem Zweifel unterworfen. Verschiedene Rechtsgehrte a) aber schränken dieses nur auf den Fall ein, wenn der Hauptschuldner in einer weit entlegnen Provinz wohnet, und sprechen daher dem Bürgen jene Einrede zu, wenn der Schuldner sich in einem benachbarten Lande aufhält.

§. 2. Wir behaupten aber, daß man hier so wenig auf die nahe als weite Entfernung Rücksicht nehmen könne, sondern daß, so bald



a) *Hering* de fideiuss. cap. 27. part. 1. n. 262. *Carpzov* part. 2. const. 18. def. 11. *Lauterbach* de beneficio excussionis. §. 39.

der Schuldner abwesend ist, der Bürge diese Einrede nie mit Beystand der Rechte dem Gläubiger entgegensetzen könne b). Die Nov. 4. Kap. 1. und die *auth. C. praesente de fideiuss.* reden hier ohne Unterschied, und sagen deutlich, daß jene Einrede wegfalle, so bald der Hauptschuldner abwesend sey. *Si vero intercessor* heißt es in der Nov. *aut mandator, aut qui sponsioni se subiecerit, adsit, principalem vero abesse contigerit, acerbum est, creditorem mittere alio, cum possit mox intercessorem, aut mandatorem, aut sponsorem exigere.* Und in der Auth. *absente autem reo, praesens intercessor iure quidem convenitur, ipso tamen desiderante iudex definiet tempus intra quod deducat reum primo conveniendum, ipso in subsidium reservando.*

§. 3. Aus beyden Stellen sehen wir, daß der Gesetzgeber eine jede Art der Abwesenheit für hinreichend halte, um den Bürgen diese ihm sonst zustehende Einrede abzusprechen. Wir finden also auch keinen hinlänglichen Grund, hier den in den Gesetzen bestimmten Begriff der Abwesenheit zu ändern. Nach diesen wird derjenige für abwesend gehalten, der nicht unter der Gerichtsbarkeit, worunter der Gläubiger steht, wohnt c).

Es

b) *Stephani* ad Nov. 4. n. 20. *Brunnemann* ad L. 5. et auth. præsente C. de fideiuss. n. 6. Struben rechtl. Bedenk. Theil 1. Bed. 91.
c) L. 173 et 199 ff. de verb. sign.

Es wurde daher auch, in einem gewissen Fall der Bürge mit dieser Einrede ab und dagegen zur Bezahlung der als Bürge übernommenen Schuld angewiesen.

---

# Hundert zwey und funfzigste Meditation.

Ein Bürge kann nach geschehner Zahlung von dem Gläubiger verlangen, daß er ihm die Klagen gegen den Hauptschuldner und Mitbürgen abtrete.

§. 1.

Das dem Bürgen zustehende *beneficium cedendarum actionum* ist diejenige Rechtswohlthat, vermöge welcher der Bürge nicht eher zu bezahlen braucht, als bis ihm der Gläubiger die gegen den Hauptschuldner und Mitbürgen zustehende Klagen abgetreten hat.

Diese Rechtswohlthat ist dem Bürgen in vielen Betracht nützlich und vortheilhaft, nicht blos in Absicht des Hauptschuldners, sondern auch seiner Mitbürgen.

Denn obgleich die Gesetze b) den Bürgen, wenn er bezahlt hat, eine Klage gegen den Hauptschuldner, auch ohne Abtretung der Klagen gegeben haben, um von demselben die Bezahlung zu fordern: so ist doch die Abtretung der Klagen des Gläubigers in dem Fall nützlich, weil er alsdenn die Klage, die sonst dem Gläubiger zugestanden hätte, gegen den Hauptschuldner anstellen kann, und dadurch in die Rechte des Gläubigers tritt, folglich, wenn z. B. der Schuldner dem Gläubiger zur Sicherheit der Forderung eine Hypothek gegeben hat, geht diese Hypothek auch auf den Bürgen über.

§. 2. Aber noch weit grösser ist der Vortheil, in Betracht der Mitbürgen den der Bürge dadurch erhält, wenn er sich die Klagen von dem Gläubiger hat abtreten lassen.

Denn da Mitbürgen unter einander in keiner Verbindlichkeit stehen, so kann auch der Bürge, welcher bezahlt hat, seinen Regreß nicht gegen die Mitbürgen nehmen e). Sollte daher der Haupt-

b) §. 6. *J. de fid.* Si quid autem fideiussor pro reo solverit, eius recuperandi causa habet cum eo mandati iudicium. *Conf. L.* 10. §. 11. *L.* 33. *et* 53 *ff. mand. L.* 6. *C. eod.*

e) *L.* 39 *ff. de fideiuss.* Ut fideiussor adversus confideiussorem suum agat, danda actio non est; ideoque si ex duobus fideiussoribus eiusdem quantitatis, cum alter eiectus a creditore totum exsolvet, nec ei cessae sint actiones: alter nec a creditore, nec a confideiussore convenietur.

Hauptschuldner nicht zu bezahlen im Stande seyn, so muß der Bürge allein den Schaden tragen. Allein ganz anders verhält es sich, wenn der Bürge aus dem ihm von dem Hauptschuldner abgetretnen Recht klagt, hier kann er immer sich an seine Mitbürgen halten, und so zu seiner Bezahlung gelangen.

§. 3. Wir sehen hieraus, wie viel von der Abtretung der Klagen abhange, und daß daher der Bürge wohl thue, nicht eher zu bezahlen, als bis ihm die Klagen von dem Gläubiger abgetreten sind. Aber eben dies muß uns auch lehren, wie wichtig die an sich so sehr bestrittne Rechtsfrage sey; ob nämlich der Bürge auch aus dem ihm angetretnen Recht klagen könne, wenn solche Abtretung erst nach der Bezahlung geschehen ist? — Viele Rechtsgelehrte f) halten eine solche Abtretung für gültig; viele g) aber sprechen derselben alle Gültigkeit ab. Wir treten hier der ersten Meinung bey, und unsere



f) *Hering* de fideiuss. cap. 28. n. 38. *Carpzov* Lib. 2. tit. 6. resp. 70. *Idem* part. 2. const. 17. def. 16. *Sande* de action. cessione cap. 7. n. 11. 12. *Struv* ex 47. §. 45. *Stryk* U. M. Tit. de fideiuss. §. 27. *Puffendorf* Tom. 1. obs. 130.

g) *Berlich* part. 2. concl. 22. n. 67. *Wesenbec* ad ff. Tit. de fideiuss. n. 6. et *Hahn* ad eund. *Menoch* de præsumt. lib. 3. præs. 143. n. 8. *Faber* coniect. lib. 11. cap. 9. *Esbach* ad Carpz. part. 2. const. 17. def. 16. *Coccëii* J. C. Tit. de fid. qu. 15. *Idem* in diss. de assignatione §. 28.

sere Gründe müssen es ausweisen, ob wir die rechte und den Gesetzen angemessenste Meinung getroffen haben.

§. 4. Sollten wir diese Frage blos nach der Billigkeit, ohne auf die Gesetze Rücksicht zu nehmen, beantworten, so muß uns die entgegengesetzte Meinung gewiß als höchst unbillig vorkommen. Jede Strafe muß sich natürlicher Weise nach dem Grad der Uebertretung des Gesetzes richten, eine bösliche Uebertretung verdienet eine härtere Bestrafung als diejenige die aus Versehen geschieht. Der Bürge aber der sich der ihm gegebenen Rechtswohlthat nicht bedienet, der dem Gläubiger bezahlt ohne sich dessen Rechte gegen den Schuldner und Bürgen abtreten zu lassen, kann nur in der That eines geringen Grades der Nachlässigkeit beschuldiget werden. Würde es daher nicht unbillig, ja äusserst strenge und hart seyn, eine solche Nachlässigkeit mit dem Verlust einer oft ansehnlichen Summe Geldes zu bestrafen.

§. 5. Allein, wenn wir auch dies bey Seite setzen, und blos nach den Gesetzen sprechen wollen: so werden wir auch nicht anders urtheilen können, und aller scheinbarer Widerspruch, welchen desfalls die Gesetze in sich zu enthalten scheinen, muß von selbst bey genauer Erwägung derselben verschwinden. — Die *L. 36. ff. de fideiuss.* worin obige aufgeworfne Frage beantwortet wird, entscheidet selbige

hige so: *Cum is, qui et reum et fideiussores habens, ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones: poterit quidem dici, nullas iam esse, cum suum perceperit, et perceptione omnes liberati sint. Sed non ita est. Non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.*

Daß hier dies Gesetz von einer solchen Abtretung der Klagen rede, die nach der Bezahlung geschieht, ist aus dem Inhalt des Gesetzes selbst klar, bedarf also keines Beweises. Aber eben so leicht ist es auch, aus eben diesem Gesetz einzusehen, daß eine solche Abtretung allerdings gültig und rechtsbeständig sey.

§. 6. Der Verfasser desselben, **Paulus**, nachdem er den hiebey entstehenden Zweifelsgrund angeführt hat, nach welchem eine solche Abtretung aus dem Grund ohne Wirkung zu seyn scheinet, weil nach geschehener Bezahlung alle Verbindlichkeit aufgehoben ist, füget gleich hinzu: *sed hoc ita non est*, und verwirft dadurch jenen Zweifelsgrund ausdrücklich. Dies zeigen die Schlußworte des Gesetzes, denn so bald ein Bürge dem Gläubiger bezahlt, so wird dafür gehalten, daß der Gläubiger dem Bürgen seine Klagen gegen den Hauptschuldner und übrige Mitbürgen gleichsam verkauft habe, da der

Gläu=

Gläubiger, wie das Gesetz sagt, zur Abtretung der Klagen verbunden ist.

§. 7. So deutlich jenes Gesetz aber ist, so giebt es doch dagegen Gesetze, welche grade das Gegentheil zu enthalten scheinen.

Die *L. 76. ff. de solut.* als der Hauptsitz der gegenseitige Meinung, sagt deutlich, daß nach geschehener Bezahlung die Abtretung der Klagen nicht Statt finde, weil alsdenn alle Verbindlichkeit und Klagen weggefallen wären. *Modestinus respondit*, heißt es: *si post solutum sine ullo pacto, omne, quod ex tutelae causa debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit.* Dieser hier in dem Gesetz angeführte Grund, ist schon durch das von uns angeführte Gesetz, und den darin enthaltenen Entscheidungsgrund völlig gehoben.

Zu dem kann man so allgemein auch nicht behaupten, daß durch eine von dem Bürgen verfügte Bezahlung aller Verbindlichkeit aufgehoben sey. Wir wissen, daß der Hauptschuldner gegen seinen Gläubiger in einer ganz andern Verbindlichkeit steht, als der Bürge, letzterer ist nur in subsidium, ersterer aber principaliter verbunden. Eben so steht der Bürge auch in einem ganz andern Verhältnis gegen seine Mitbürgen als gegen den Gläubiger. Bezahlt daher der Bürge, so ist zwar in Absicht des Gläubigers

alle

alle Verbindlichkeit aufgehoben, das ist, diesem steht es nicht mehr frey, gegen den Hauptschuldner und übrige Bürgen zu klagen, daß aber solches auch dem Bürgen, der bezahlt und sich nach der Bezahlung die Klagen hat abtreten lassen, nicht frey stehe, kann man nicht behaupten, wie aus dem, was wir im vorhergehenden Paragraph gesetzt haben, klar ist.

§. 8. Ueberdem redet die angeführte *L. 76. ff. de sol.* nicht von den Bürgen, sondern von Vormündern. Der Unterschied aber, der in diesem Fall zwischen einem Bürgen und Vormund eintritt, ist leicht einzusehen. Dem Bürgen der bezahlt hat, stehet ohne Abtretung der Klagen, keine Klage wider seine Mitbürgen zu: allein, wenn einer von den Vormündern dem Pupillen das, was sie aus der Vormundschaft schuldig waren, bezahlt hat, so steht demselben auch ohne vorhergegangne Ceßion eine Klage gegen die übrigen Vormünder zu, um von denselben ihren schuldigen Theil einzufordern h). Da dieser Fall also von dem unsrigen ganz verschieden ist, so kann man auch auf keine Art von dem einen auf den andern schliessen.

§. 9. Eben so wenig steht uns auch der bey dem zweyten Paragraph in der (Not. e) angeführte *L. 39 ff. de fid.* entgegen. In diesem Gesetz wird gar nicht behauptet, daß nach der

h) L. 1. §. 13 ff. de tut. et rat. distr.

der Bezahlung weiter keine Abtretung geschehen könne, auch nicht die Frage untersucht, ob der Bürge nach dem er bezahlt, sich die Klagen von dem Gläubiger könne abtreten lassen? Sondern nur so viel gesagt, daß ohne Cession dem Bürgen keine Klage gegen seine Mitbürgen zustehe. Wollen wir daher unpartheyisch urtheilen, so müssen wir nothwendig zugestehen, daß die von uns angenommene Meinung nicht blos der Billigkeit, sondern auch selbst den Gesetzen angemessener, mithin den entgegengesetzten vorzuziehen sey.

## Hundert drey und funfzigste Meditation.

Wenn in einer Societät der eine Societätsgenosse das dazu erforderliche Geld herschiesset, der andere alle Arbeiten übernimmt, das Geld aber durch einen Unglücksfall verlohren geht, so trägt der erste allein den Schaden.

§. 1.

Die Gesetze i) erlauben es, eine Societät unter der Bedingung einzugehen, daß der eine Societätsgenosse das dazu erforderliche Geld her-

i) L. 1. C. pro socio.

herschiesse, der andere aber die mit derselben verknüpfte Arbeiten übernehmen. Wer aber bey einer auf eine solche Art eingegangnen Socität den Schaden tragen müsse, wenn das Geld verlohren gegangen, ob solchen derjenige, der das Geld hergeschossen, allein stehen, oder ob der andere gleichfalls daran Theil nehmen müsse? Das ist eine von beyden Seiten bestrittne Frage. Ohne uns hier auf die von verschiednen Rechtsgelehrten gemachten Distinctionen einzulassen, behaupten wir, daß den Schaden derjenige Societätsgenosse, der das Geld hergeschossen, tragen müsse k). Wir setzen aber hiebey zum voraus, daß darüber zwischen den Societätsgenossen, kein besonderer Vortrag eingegangen sey.

§. 2. Den Beweis unserer Meinung gründen wir in der bekannten Regel, nach welcher der Herr der Sache immer den Schaden tragen muß l). Ist es daher wahr, daß der, welcher das Geld herschiesset, auch Herr desselben sey; so ist auch die Folge richtig, daß der Schade nur ihn allein treffen könne. So gegründet dieses ist, so sucht man doch diesen Grund daher zu entkräften, wenn man behauptet, daß das Geld, so bald es in die Societät gebracht ist, gemein-

k) Wie solches gleichfalls behaupten: *Struv* ex 22. §. 34. *Brunnemann* ad L. 1. C. pro socio. *Stryk* U. M. Tit. pro socio §. 19. *Coccejii* J. C. eod. tit. qu. 6. *Wernher* part. 4. obs. 214. n. 36.

l) L. 9. C. de pign. act.

gemeinschaftlich werde, und aufhöre ein Eigenthum desjenigen, der es hergegeben, zu seyn m). Allein wir müssen immer auf die Absicht der Societätsgenossen Rücksicht nehmen, ist diese klar, so ist auch weiter kein Zweifel übrig. Wenn aber bey einer Societät nichts ausgemacht ist, wenn der eine alsdenn das dazu erforderliche Geld allein herschießt, der andere die Arbeiten übernimt; so kann man wol nicht behaupten, daß das hergeschoßne Geld gemeinschaftlich werde, sondern nur so viel, daß der Gewinn auf beyde Theile falle. Auf die Art steht uns auch nicht die angeführte Stelle der Institutionen entgegen, welche von gemeinschaftlichen Sachen redet; wir leugnen aber, daß bey einer solchen Societät das Geld als gemeinschaftlich anzusehen sey.

§. 3. So unterstützet auch der §. 2. J. *de societ.* unsre Behauptung. Es heißt darin: *nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat: et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia sit.* Denn da hier der Gewinn blos als gemeinschaftlich angesehen wird; so folgt auch, daß in Absicht des hergeschossenen Geldes, ein anders statt finden müsse.

Zu-

m) §. *f.* J. *de societ.* Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet.

Zudem aber würde es höchst unbillig seyn, dem Societätsgenossen, der alle Arbeit übernommen hat, doppelten Schaden leiden zu lassen; einmal, daß er vergeblich gearbeitet, das andre mal, daß er noch einen Theil von dem an den Geld sich zugetragenen Schaden übernehmen solle.

§. 4. Man wird sich noch mehr von der Wahrheit unserer Behauptung überzeugen können, wenn wir noch mit wenigen die für die entgegengesetzte Meinung n) streitende Gründe anführen und beantworten.

Die Gesetze worauf man sich berufet, sind die *L. 29. §. 1.* und *L. 52. §. 4. ff. pro socio.* Ersteres Gesetz enthält folgendes: *ita coiri societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat, quod ita demum valebit, (ut et Sabinus scribit) si tanti sit opera, quanti damnum est. Plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, periculo subeat solus.* In diesem Gesetz wird gesagt, daß man wol einen Vertrag dahin eingehen könne, daß der Societätsgenosse der die Arbeit übernommen, keinen Schaden zustehen habe, man schließt daraus,

n) Solche vertheidigen *Hunnius* res. iur. civ. lib. 3. tr. 7. part. 3. qu. 1. *Covarruvius* var. res. lib. 3. cap. 2.

aus, daß, wenn also kein Vertrag eingegangen werde, der Schade gemeinschaftlich sey. — Diese hieraus gezogene Folge kann aber um deswegen nicht richtig seyn, da, wenn es gleich wahr ist, daß man einen solchen Vertrag wol eingehen könne, daraus doch noch nicht folget, daß wenn solcher fehlet, der Schade die Societätsgenossen gleich treffen müsse. Vielmehr giebt dieses Gesetz einen Beweis ab, daß ein solcher Vertrag deswegen gelte, weil es schon an sich der Billigkeit gemäß ist, daß der nur den Schaden trage, der das Geld hergeschossen hat.

§. 5. Die *L. 52. §. 4. ff. pro soc.* aber, woraus die Gegner ihren Hauptgrund nehmen, lautet so: *quidam sagariam negotiationem coierunt, alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit, suamque pecuniam perdidit, servi eius vulnerati sunt, resque proprias perdidit; dicit Julianus, damnum esse commune, adeoque actione pro socio damni partem dimidiam agnoscere debere, tam pecuniae, quam rerum caeterarum quas secum non tulisset socius, nisi ad merces communi nomine comparandas proficiscerentur, sed et si quid in medicos impensum sit, pro parte socium agnoscere debere, rectissime Julianus probat: proinde et si quid naufragio periit, cum non alias merces, quam navi solerent advehi, damnum ambo sentirent. Nam sicut lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet; quod non culpa socii contigit.*

Allein,

Allein, wenn wir dies Gesetz nur etwas ansehen, so müssen wir bald finden, daß darin von einer solchen Societät die Rede sey, wo ein jeder Geld hergeschossen. Dies zeigen die Worte *suam pecuniam perdidit* an, und ob gleich die Gegner vorgeben, daß darunter das eigne nicht das in die Societät hergeschossene Geld zu verstehen sey, so widerspricht solches, den darauf folgenden Worten, *resque proprias perdidit*: welche da das Wort *suus* und *proprius* einander entgegen gesetzt sind nicht einerley Bedeutung haben kann.

# Hundert vier und funfzigste Meditation.

In einer Societät, wo der eine das Geld herschiesset, der andere die Arbeiten übernimt, wird das Geld nicht gemeinschaftlich, und folglich auch nicht nach geendigter Societät getheilt.

§. 1.

Aus eben den Gründen, die wir schon in der vorhergehenden Meditation angeführt, und wodurch wir erwiesen haben, daß der Societätsgenosse, welcher das Geld hergeschossen hat, den Schaden allein zu tragen habe, wenn das Geld

verlohren gehe, läßt sich leicht einsehen, daß, wenn die Societät aufgehoben wird, das vorgeschossene Kapital blos demjenigen bleibe, der es hergegeben, und nicht mit zur Theilung komme o). Es lehret uns solches schon der Endzweck weswegen das Geld hergeschossen wird. Dieser besteht nur darin, um damit den Zweck der eingegangnen Societät desto besser zu erreichen, keineswegen aber darin, um den andern Societätsgenossen an dem Kapital selbst Theil nehmen zu lassen. Denn nach der Natur einer Societät, wird alles das, was in eine Societät gebracht wird, zu dem Ende gethan, um damit Gewinn zu machen p).

§. 2. So entscheidet auch die *L. 52. §. 2. ff. pro socio* diesen Fall auf gleiche Art. Es heißt: *si in coeunda societate, artem operamve policitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum, aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus: nimirum ibi etiam culpa praestanda est, pretium enim operae, artis est velamentum.* Hier wird weiter nichts als die Früchte gemeinschaftlich, das Vieh aber und das Feld bleibt dem Eigenthümer eigen.

Allein

o) *Struv* ex. 22. §. 33. *Gail* lib. 2. obs. 24. n. 6. *Cocceii* J. C. Tit. pr. socio qu. 6. *Wernher* part. 4. obs. 214. n. 36. Das Gegentheil behaupten die in voriger Medit. (Not. n) angeführte Rechtsgelehrte.

p) *L.* 58. *pr. ff.* pro socio.

Allein so ist auch, wenn man die gegenseitige Meinung annehmen will, viele Unbilligkeit mit derselben verknüpft. Denn nehmen wir einmal den Fall an, daß nach geendigter Societät weiter nichts, als das Kapital, übrig bleibe: so würde derjenige der solches hergeschossen, offenbar Schaden leiden, wenn solches getheilt werden sollte. Er würde nicht nur die Hälfte des Geldes verliehren, sondern auch den Nachtheil davon haben, daß er, so lange die Societät gedauret hat, solches nicht habe brauchen können. Dagegen aber würde der andere immer dabey gewinnen, denn wenn er gleich vergeblich gearbeitet, so erhielte er doch durch die Hälfte des Kapitals immer vor den andern Societätsgenossen große Vorzüge.

§. 3. Was nun noch die gegenseitigen Einwürfe anbetrift, so beruft man sich zur Begründung derselben auf die *L. 1. §. 1. ff.* und *L. 1. C. pro socio.*

Im erstern Gesetz wird gesagt: *in societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continua communicantur;* und im letztern: *societatem uno pecuniam conferente, alio operam posse contrahi magis obtinuit.* Die Folge die man daraus hat herleiten wollen, daß nämlich bey einer Societät alles gemeinschaftlich sey, und den Grund den man in dem Wort *conferre*, welches so viel als *communicare* bedeuten soll, setzen will, ist beydes von

keinem Gewicht. Denn die *L. 1. ff. pro socio* redet, wie man leicht sehen wird von einer Societät, die über das ganze Vermögen der Theilhaber eingegangen ist, von dieser aber kann man keinen Schluß auf eine partikuläre Societät machen, da beyde weit von einander unterschieden sind q). Und eben so wenig ist es ausgemacht, daß das Wort *conferre*, so viel als *communicare* heissen soll, vielmehr lehret die natürliche Bedeutung dieses Worts so wohl, als auch der Sinn des Gesetzes, daß darunter nichts anders als *dare*, *contribuere*, *adferre* u. s. w. zu verstehen sey.

---

# Hundert fünf und funfzigste Meditation.

Eine väterliche Theilung der Güter unter den Kindern ist gültig, wenn gleich die zu einem Testament der Eltern unter ihren Kindern erforderliche Feyerlichkeiten dabey nicht beobachtet sind.

§. 1.

Ein Vater hatte eine schriftliche Disposition gemacht, und darin seine Güter unter seine

q) *Ludovici* usus pr. distinct. iurid. Tit. pr. socio dist. 1.

ne drey Kinder getheilet. Es waren aber bey denselben die zum Testament der Eltern unter ihren Kindern erforderliche Feyerlichkeiten nicht beobachtet, daher das älteste Kind gedachte Theilung nicht als gültig anerkennen wollte, sondern auf die Aufhebung derselben so wohl deswegen, weil die gehörigen Feyerlichkeiten dabey nicht beachtet, als auch die Güter nicht gleich getheilet waren, bestand.

§. 2. Aus der desfalls beygebrachten schriftlichen Theilung war es zwar klar, daß die vorgeschriebenen Testamentsfeyerlichkeiten völlig fehlten. Denn so waren die Kinder weder zu Erben eingesetzt, auch kein Jahr und Tag, wann die Disposition errichtet war, angeführet, sondern der Vater hatte solche nur eigenhändig geschrieben. Daher es denn das Ansehen hatte, daß gedachte Theilung zu Recht nicht beständig sey. Wir wollen die Gründe, die zur Bestärkung dieser Meinung angeführet wurden, nachher erwägen, und zuerst die Ursachen weswegen wir eine solche Theilung allerdings für gültig halten r), angeben.



r) *Carpzov* part. 3. const. 4. def. 22. *Schilter* ex. 38. §. 131. *Mevius* ad Jus Lüb. part. 2. tit. 1. art. 9. n. 25. *Gail* lib. 2. obs. 116. *Boehmer* intr. in ius dig. Tit. de test. mil. §. 20. *Coccei* cons. et resp. Tom. 2. resp. 511. n. 7. et resp. 578. n. 11. 12. *Horn* resp. clas. 7. resp. 22. *Leyser* suppl. spec. 351. med. 2.

§. 3. Daß zwischen einem Testament der Eltern unter ihren Kindern, und einer Theilung unter denselben, ein großer Unterschied sey, wird wol niemand leugnen können. Denn so kann eine Theilung nicht blos über das ganze, sondern auch über einen Theil des Vermögens gemacht werden; so succediren auch endlich bey einer Theilung die Kinder ihren Vater ab intestato; bey einem Testament aber verhält sich dies ganz anders. Da hier also eine Theilung von dem Testament weit verschieden ist, so folgt auch, daß man von diesem auf jene nicht schliessen, auch nicht behaupten könne, daß eben die Feyerlichkeiten die zu leztern erfordert, auch bey erster müssen beachtet werden s).

§. 4. So fehlet es uns auch nicht an Gesetzen, die unsere Meinung sattsam beweisen. Es werden nämlich in der Nov. 18. Kap. 7. alle zu einer bloßen Theilung gehörige Erfordernisse angeführet, mit keinem Worte aber daselbst die Testamentsfeyerlichkeiten zu denselben gerechnet. Es heißt darin ausdrücklich: *si autem hoc non agat, propter aliquas necessitates, quae plurimae circumsistunt hominibus: licet tamen descriptiones facere rerum quas partiri voluerit: et subscribere omnibus aut ipsum aut filios universos subscribere praeparare, inter quos res dividet, et ex hoc causae dare indubitatam fidem, et quod secundum hanc fit speciem, ratum*

s) L. 26. C. fam. hercisc.

*tum sit atque firmum, aliaque cautela non indigens.* Hier wird zur Gültigkeit einer solchen Theilung weiter nichts als die Unterschrift des Vaters, oder der Kinder erfordert. Hiemit stimmt auch die aus jener Novelle hergenommene *auth. si modo C. fam. hercisc.* überein, wenn es darin heißt: *si modo subjiciatur huic scripturae, vel ipsius parentis, vel omnium, inter quos fit partitio, liberorum subscriptio.*

§. 5. Selbst die Nov. 107. Kap. 3. unterstützet unsere Meinung nicht wenig. Nachdem Justinian in den vorhergehenden Kapiteln gedachter Novelle, die Feyerlichkeiten eines Testaments der Eltern unter ihren Kindern festgesetzt hat, redet er in dem dritten Kapitel von der bloßen Theilung der Güter unter den Kindern ohne Testament.

Hier beziehet sich der Gesetzgeber auf die desfalls vorher gegebne Gesetze, und bestätiget solche dadurch aufs neue, ohne noch was hinzuzusetzen. Er sagt: *si autem et in divisione ipse subscripserit, et clara omnia per subscriptionem suam fecerit, sit et hoc ratum: quoniam et hoc iam nostra legislatione continetur.* Wir sehen also hieraus, daß zur Gültigkeit einer solchen Theilung weiter nichts erfordert werde, als daß selbige entweder der Vater, oder seine Kinder unterschrieben haben.

§. 6. Ohne noch etwas weiters hinzuzusetzen, wollen wir noch mit wenigem die Grün-

de, die unserer Meinung entgegen zu stehen scheinen, prüfen.

Man beruft sich erstlich auf die **Nov. 107. Kap. 1.** wo **Justinian** überhaupt und allgemein von der Disposition der Eltern unter ihren Kindern redet, und derselben eine gewisse Form, nach welcher dieselbe gemacht werden muß, vorschreibet. Da nun das Wort *dispositio* nicht blos Testamente, sondern auch Theilungen mit unter sich begreift; so glaubt man, daß auch Theilungen der Eltern unter den Kindern, an eben die Form, wie die Testamente, gebunden wären.

Zweytens bezieht man sich auf eine Stelle in gedachtem Kapitel, wo es heißt: *si vero etiam rerum voluerit facere divisionem, aut in quibusdam rebus certis aut omnes aut quasdam institutiones statuere, et harum inscribat significationes: ut eius litteris omnia declarata, nullam ulterius contentionem filiis derelinquant.* Da hier Justinian in einem Theil der Rede von der Theilung und Erbeinsetzung redet: so leitet man daraus den Schluß her, daß Justinian auch in Absicht der vorgeschriebenen Feyerlichkeiten keinen Unterschied gemacht habe.

§. 7. Aber diese Einwürfe können in der That die Entscheidung jener Frage nicht ändern, da sie nie aus der Beantwortung derselben erhellen wird, hieher gar nicht gehören. Wir kön=

können es daher auch gerne zugeben, daß das Wort *dispositio* in einer allgemeinen Bedeutung genommen, so wohl Theilungen als Testamente unter sich begreife. Aber daß Justinian hier unter dem Wort *dispositio* eine solche Theilung, die ohne ein Testament geschieht, verstanden habe, widerspricht dem Inhalt jenes Kapitels völlig; sondern wenn in diesem Kapitel von der Theilung mitgeredet wird, so ist solches von einer solchen Theilung zu verstehen, die der Vater in seinem Testament gemacht hat, wie die Worte: *in quibus scripsit eos heredes*, und *quasdam institutiones statuere*, imgleichen *dictaque a testatoribus testibus*, anzeigen.

Wir reden aber hier von einer solchen Theilung die nicht im Testament, sondern ohne ein Testament gemacht ist, und in Absicht dieser hat Justinian nichts neues eingeführet, wie aus dem angeführten dritten Kapitel derselben Novelle erhellet.

§. 8. Und eben das läßt sich auch auf den zweyten Einwurf antworten: so bald nämlich der Vater in einem unter seinen Kindern gemachten Testament, seine Güter theilet, so ist er auch an die vorgeschriebnen Testamentsfeyerlichkeiten gebunden. Fehlen diese, so ist das ganze Testament, und also auch die Theilung als ein Theil des Testaments, ungültig. Dies alles aber fällt bey einer bloßen Theilung, wie wir schon gezeigt haben, weg.

§. 9

§. 9. So wenig also aus diesen Gründen, jene väterliche Theilung als ungültig angefochten werden konnte; eben so wenig wird auch zu der Gültigkeit derselben erfordert, daß in einer solchen Theilung der Vater seine Kinder gleich bedenken müsse, sondern es ist genug, wenn die Theilung nur so eingerichtet ist, daß keiner von den Kindern an dem Pflichttheil verletzet wird t). Wir schliessen dieses aus der *auth. quod sine C. de testam.* wo es dem Vater erlaubt wird, die Theile, die seine Kinder haben sollen, zu bestimmen, welches im entgegengesezten Fall völlig unnüz seyn würde; theils würde eine Theilung des Vermögens unter den Kindern alsdenn völlig überflüßig seyn, weil Kinder ihren Eltern, wenn sie ohne Testament versterben, zu gleichen Theilen succediren: theils erlauben die Geseze u) dem Vater seinem gehorsamen Sohn mehr als den andern zu zuwenden. Lauter Beweise, daß in einer solchen Theilung keine völlige Gleichheit brauche beobachtet zu werden.

Hundert

t) *Carpzov* l. c. *Stryk* caut. test. cap. 4. §. 18. *Boehmer* conf. et resp. tom. 2. resp. 667. n. 7.

u) L. 8. C. de in off. testam.

# Hundert sechs und funfzigste Meditation.

## Zur Verjährung der dinglichen Dienstbarkeiten wird kein Erwerbungsgrund erfordert.

§. 1.

Daß Dienstbarkeiten, so wie andere Rechte und Gerechtigkeiten durch die Verjährung erlangt werden können, ist ausgemacht; desto grössern Zweifel aber ist es unterworfen, ob zur Verjährung derselben auch ein Erwerbungsgrund erfordert werde v)? Die Entscheidung dieser Frage ist desto grössern Schwierigkeiten unterworfen, da beyde Theile sich in Gesetzen gründen, und daraus ihre Meinung zu erweisen suchen.

Wir

v) Es behaupten solches: *Hilliger* in Donellum lib. 11. cap. 12. tit. c. *Hottomann* obſerv. lib. 8. obſ. 11. *Zoeſius* ad ff. Tit. de ſerv. pr. urb. n. 15. *Cramer* Wetzl. Nebenſt. Tom. 4. obſ. 3. *Leyſer* ſp. 110. m. 4. *Hertius* de ſerv. facto conſtituta Sect. 2.
Hingegen verneinen es: *Vinnius* ſelect. iur. qu. lib. 1. qu. 31. *Hahn* ad Weſenb. Tit. de ſerv. n. 5. *Perez* ad C. Tit. de ſerv. n. 27. *Brunnemann* ad L. 2. C. de ſerv. *Struv* ex 13. §. 39. *Coccii* ius contr. Tit. de uſurp. et uſuc. qu. 27. *Puffendorf* Tom. 1. obſ. 32. §. 13. *Huber* prælect. iur. civ. ſec. ord. Inſt. tit. de ſerv. n. 16.

Wir wollen daher um unsere Meinung gehörig zu erweisen, die Gesetzē, worin selbige sich gründet, anführen, nachher aber zeigen, daß die von der Gegenseite angeführte Gesetze, uns auf keine Weise entgegenstehen. — Um aber zugleich allen Mißverstand zu vermeiden, setzen wir hier den Fall zum voraus, daß wir hier von der Verjährung einer Dienstbarkeit gegen den Herrn selbst, welcher das mit der Dienstbarkeit beschwerte Gut besitzt, reden.

§. 2. Alle die Gesetze worin von der Verjährung der Dienstbarkeiten geredet wird, erfordern nichts weiter als daß man sich derselben in der zur Verjährung gesetzten Zeit gehörig bedient habe. Sie schliessen dadurch also nicht nur den Erwerbungsgrund aus, sondern sie sagen auch ausdrücklich, daß derselbe zur Verjährung der Dienstbarkeiten nicht erfordert werde. So heißt es in der *L. 10. pr. ff. si serv. vind.* si quis diuturno usu, et longa possessione ius aquae ducendae nactus sit: *non est ei necesse docere de iure*, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario possedisse.

Daß man hier unter den Worten, *non necesse est docere de iure*, den Erwerbungsgrund verstehen müsse, ist aus den folgenden *veluti ex legato, vel alio modo*, klar, da es bekannt ist,

daß

daß ein Vermächtniß mit unter die Erwerbungsgründe gehöre. So dann, wird ja in eben dem Gesetze weiter nichts erfordert, als daß man beweise, daß man sich der Dienstbarkeit nicht mit Gewalt, heimlich und bittweise bedient habe.

§. 3. Eben so reden auch die *L. 1. in f. ff. de aqua pluv. arc.*, und die *L. 2. C. de serv.*

Ersteres Gesetz sagt: *sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi, neque precario, neque clam habuisse longa consuetudine vel ex iure impositam servitutem videatur.* In letztern aber heißt es: *si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quae sisti.* In beyden Gesetzen wird, wie der Augenschein lehret, kein besonderer Erwerbungsgrund erfordert, sondern zur Verjährung einer Dienstbarkeit für hinlänglich gehalten, wenn man sich derselben bedienet hat, und die zur Verjährung gesetzte Zeit verflossen ist.

§. 4. Es ist uns nun weiter nichts mehr übrig, als die Gründe, die man zur Behauptung der gegenseitigen Meinung anführet, kennen zu lernen.

Man beruft sich auf die in den Gesetzen w) gegründete allgemeine Regel, nach welcher keine Ver-

w) L. 27 ff. de usurp. et usuc. L. 24. C. de rei vind.

Verjährung ohne einen rechtmäßigen Erwerbungsgrund statt hat, und glaubt, daß solcher daher auch, bey der Verjährung der Dienstbarkeiten da seyn müsse. — So wahr diese Regel denn ist, wenn von der Verjährung körperlicher Sachen die Rede ist, so findet doch solche, wie aus dem vorhergehenden klar ist, bey Dienstbarkeiten ihren Abfall. Hier ist von den Gesetzen selbst eine Ausnahme gemacht. Zu dem aber liegt hier in dem Gebrauch der Dienstbarkeit, und daß der Eigenthümer der Sache dazu stille geschwiegen in der That eine Uebergabe, da, wie bekannt ist, unkörperliche Sachen eigentlich nicht übergeben werden können, sondern der Gebrauch und die Wissenschaft, daß man sich derselben bediene, die Stelle des Erwerbungsgrundes vertritt *r*).

§. 5. Wir haben schon die *L. 2. C. de serv.* zum Beweis unserer Meinung angeführet, aber eben dies Gesetz ist es, woraus die Gegner ihre Meinung zu beweisen suchen. In diesem Gesetz wird gesagt: daß **Dienstbarkeiten nach Art unbeweglicher Güter verjähret würden**; hieraus folgert man: wird zur Verjährung unbeweglicher Güter ein Erwerbungsgrund erfordert; so muß solcher auch bey der Verjährung der Dienstbarkeiten da seyn. — Daß hier die Vergleichung, welche das Gesetz zwischen der Verjährung der Dienstbarkeiten und unbeweglichen

*r*) L. 5. ff. de serv. L. 1. in fin. ff. de serv. præd. rust.

chen Gütern macht, nicht auf den Erwerbungs-grund, sondern nur auf die Zeit innerhalb welcher beyde verjähret werden könne, gehe, läßt sich bald einsehen. Gesetzt, man wollte jenes Gesetz auf einen solchen Besitzer einschränken, der zur Verjährung der Dienstbarkeit einen besondern Erwerbungsgrund anführen könnte: so muß dieser entweder von dem wahren oder vorgeblichen Herrn herrühren. Rühret er vom ersten her, so ist keine Verjährung weiter nöthig, weil dadurch, daß der Herr dem andern die Dienstbarkeit zugestanden hat, solche auch erworben ist y). Rühret er aber von dem angeblichen Herrn her, so findet ja auch nach Inhalt der Gesetze, die Verjährung gegen den wahren Herrn statt z).

§. 6. Ferner sagt man, müsse derjenige der sich einer Dienstbarkeit anmaße, beweisen, daß er sich derselben nicht mit Gewalt, heimlich und bittweise bedienet habe, diesen Beweis aber könne er nicht führen, wenn er keinen Erwerbungsgrund anführen könne.

Allein wir sehen nicht ein, weswegen ein solcher Beweis nicht auch ohne einen besondern Erwerbungsgrund geführet werden könne. Wir beru-

y) §. 40. J. de rer. div. L. 31. pr. ff. de adquir. rer. dom.

z) L. f. C. de long. temp. præscr.

berufen uns hier auf das was wir deshalb in dem vorhergehenden Paragraph gesagt haben.

Eben so wenig will das auch was bedeuten, wenn man noch die Schlußworte der *L. fin. C. de long. temp. praescr.* anführet, wo der Kaiser Justinian auch zur Verjährung der Dienstbarkeiten bonum initium erfordert. Denn so bald der Eigenthümer es leidet, daß ein ander sich auf seinem Grund und Boden eine Dienstbarkeit anmaße, und so bald solches öffentlich, nicht mit Gewalt und bittweise geschieht, so ist auch, wie es der Kaiser nennet ein bonum initium da.

---

# Hundert sieben und funfzigste Meditation.

Servitutes discontinuae werden eben so wie servitutes continuae in 10 oder 20 Jahren verjährt.

§. 1.

Wenn die Rede von der Verjährung der Dienstbarkeiten ist, so machen verschiedene Rechtsgelehrte unter den servitutes continuae und discontinuae einen Unterschied, und glauben, daß erstere in 10 oder 20 Jahren, letztere

tere aber nach Menschen Gedenken verjähret würden a). Wir müssen zwar zugeben, daß viele, ja selbst die höchsten Reichsgerichte nach dieser Meinung sprechen, aber das kann uns keinesweges hindern, wenn wir nach den Gesetzen urtheilen wollen, das Gegentheil mit vielen andern Rechtsgelehrten zu behaupten b).

§. 2 Nach der uns in den Gesetzen c) von der Verjährung der Dienstbarkeiten gegebenen Regel, werden dieselben in 10. oder 20 Jahren verjähret. Wir finden auch nicht daß servitutes discontinuae davon ausgenommen seyn sollten, vielmehr finden wir Gesetze d), worin



a) *Brunnemann* ad L. 14 ff. de serv. *Mevius* part. 9. dec. 164. n. 9. *Schilter* ex 18. §. 7. *Klock* relat. cam. relat. 131. n. 24. *Mynsinger* cent. 4. obs. 53. *Gail* lib. 2. obs. 66. n. 7. *Müller* ad Struv ex 13. §. 39. Denekens Dorf- und Landr. Theil 3. Kap. 2. §. 16. Cramer Wetzl. Nebenst. Theil 14. obs. 14.

b) *Carpzov* part. 2. const. 4. def. 8. *Wesenbeck* ad ff. tit. de serv. n. 5. *Vinnius* select. iur. quaest. lib. 1. cap. 31. *Berger* supplem. ad E. D. F. part. 2. tit. 11. §. 16. *Wernher* tom. 1. part. 2. obs. 435. *Coccei* J. C. Tit. de serv. qu. 6. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 32. §. 16. *Leyser* sp. 108. med. 1.

c) *L. f. C. de praesc. long. temp.* -- Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quæ in iure consistunt, veluti usufructus, et ceteræ servitutes.

d) *L. 4. §. 27. ff. de usuc. et usurp.* Si viam habeam

ausdrücklich solcher Dienstbarkeiten, deren Gebrauch nicht beständig ist, Erwähnung gethan, und dennoch behauptet wird, daß sie in 10 oder 20 Jahren verjähret würden.

Da unsere Meinung auf so klaren und durch die Gesetze bestätigte Gründe beruhet, so sehen wir auch nicht ein, warum viele von dieser Meinung abgewichen sind, und eine Meinung angenommen haben, der in der That alle rechtliche Stütze fehlet.

§. 3. Um uns davon zu überzeugen, wollen wir die Gesetze, die man zum Beweis der gegenseitigen Meinung anzuführen pflegt, näher ansehen. In der *L. 3. §. 4. ff. de aqua quot.* heißt es: *Ductus aquae cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur.*

Wir

beam per tuum fundum, et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amittam viam etc.

*L.* 13. *C. de serv.* Sicuti usumfructum qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus deminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii, vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in caeteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio sed decennio contra præsentes, vel 20 spatio annorum contra absentes: ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis, differentiis explosis.

Wir können hierauf verschiedentlich antworten: für das erste redet dieses Gesetz, wie der Zusammenhang lehret, von dem Fall, wenn das Wasser aus einem öffentlichen Fluß, an welchem, keinem als dem Regenten ein Recht zusteht, geleitet wird. Fürs andere folgt ja noch nicht, eine Dienstbarkeit kann nach Menschen Gedenken verjähret werden, also sind die übrigen Arten der Verjährung ausgeschlossen; so wie die Folge unrichtig seyn würde, eine Dienstbarkeit kann im Testament jemand gegeben werden, also auf keine andere Art. Und so ist ja auch aus anderen Stellen e) klar, daß die Dienstbarkeit der Wasserleitung in 10 oder 20 Jahren verjähret werden könne.

§. 4. So kann auch die *L. 14. ff. de serv.* nicht in mindesten für die gegenseitige Meinung etwas beweisen. Das Gesetz lautet so: *Servitutes praediorum rusticorum, etiam si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur: vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem, nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur.* Hier wird im Anfang gesagt, daß servitutes



e) *L. 10. pr. ff. si serv. vind.* Si quis diuturno usu, et longa quasi possessione ius aquæ ducendæ nactus sit: non est ei necesse docere de iure.

praediorum rusticorum nicht verjähret werden können. Allein dieses Gesetz, welches überhaupt die Verjährung der Dienstbarkeiten, sie mögen nun auf einen Land- oder Stadtgut ruhen, verbiethet, kann nicht blos auf die ersten Arten der Dienstbarkeiten eingeschränkt werden. Der Grund weswegen Dienstbarkeiten nicht verjähret werden konnten, war der, weil sie unkörperliche Sachen sind; dieser Grund aber paßt so wohl auf servitutes rusticae als urbanae, und folglich war die Verjährung überhaupt verbothen. Dieses Verboth ist aber in der Folge durch neuere Gesetze aufgehoben, und die Verjährung der Dienstbarkeiten wieder verstattet, ohne jedoch, wie wir bereits gezeigt haben, verschiedne Rechte bey beyden einzuführen.

---

# Hundert acht und funfzigste Meditation.

**Wenn einer ein gemeinschaftliches Gut mit einer Dienstbarkeit beschweret, und die übrigen Mitbesitzer dazu stilleschweigen, so können solche auch nachher die Dienstbarkeit nicht wieder aufheben.**

§. 1.

Titius und Kajus besassen eine Wiese gemeinschaftlich. Kajus gab dem Mevius die Triftgerechtigkeit über dieselbe. Titius schwieg dazu stille, ob er gleich solches wol gewust hatte, wollte aber einige Zeit nachher dem Mevius diese Servitut daher streitig machen, weil er dazu nicht ausdrücklich seine Einwilligung gegeben hatte; daher denn die Frage entstand, ob jene Servitut auch bestehen könne?

§. 2. Wir glauben diese Frage bejahend beantworten zu müssen, und gründen uns desfalls in der *L. 28 ff. com. divid.* wo es heißt: *Sabinus, in re communi neminem dominorum iure facere quicquam, invito altero, posse respondit. Unde manifestum est, prohibendi ius esse, in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi probibe-*

*ri socius a socio, ne quid faciat, potest: ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum probibere poterat, hoc praetermisit. Et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit.*

In diesem Gesetz, wird Anfangs die Regel, daß ein Societätsgenosse ohne Willen des andern in der gemeinschaftlichen Sache nichts vornehmen, mithin auch nicht vor sich selbst dieselbe mit einer Servitut beschweren könne f) bestärkt; allein die Ausnahme, wenn nämlich der andere, da er doch solches hätte hindern können, dennoch aber dazu stille geschwiegen, hinzugefügt, und behauptet, daß alsdenn nur durch die Klage *communi dividundo* auf die Schadensersetzung könne angetragen werden.

§. 3. Dadurch also, daß der eine Mitbesitzer der gemeinschaftlichen Sache, zu einer solchen Schmälerung seines Rechts stillschweigt, und derselben nicht widerspricht, begiebt er sich seines ihm sonst zustehenden Rechts g), und man hält dafür, daß er gleichfalls jenes Vornehmen gebilliget habe h).

Aber

f) *L. 2. ff. de serv.* Unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest. *Conf. L. 26 ff. de serv. praed. urb. et L. 34 ff. de serv. praed. rust.*

g) L. 29. C. de pact.

h) L. 63. ff. de re iud.

Aber man wird uns vermuthlich das Beyspiel eines Pfandgläubigers entgegensetzen, der zum Verkauf der ihm verhypothecirten Sache stilleschweigt, und dennoch sein Pfandrecht nicht verliehrt i). Allein der Unterschied zwischen diesem und unserm Fall liegt selbst in dem angeführten Gesetz. Der Pfandgläubiger weiß, daß durch den Verkauf des Pfandes sein Recht nicht verlohren gehe, sondern daß vielmehr seine Hypothek dennoch bey Kräften bleibe. Denn da die Hypothek als ein dingliches Recht auf der Sache selbst haftet, so geht sie auch mit derselben, auf einen jeden Besitzer derselben über. Ganz anders aber verhält es sich mit unserm Fall. Hier wird offenbar das Recht des einen Mitbesitzers gekränkt, um also solches von sich abzuwenden, war es seine Schuldigkeit, dergleichen Schmälerung zu widersprechen, und dadurch sein Recht zu erhalten, unterläßt er aber das, so kann man keinen andern Schluß, als diesen machen, daß er gleichfalls damit friedlich gewesen sey.

---



i) *L.* 8. §. 15 *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* Non videtur autem consensisse creditor, si sciente eo, debitor rem vendiderit, cum ideo passus est venire, quod sciebat ubique pignus durare.

# Hundert neun und funfzigste Meditation.

Eine Schenkung die wegen nachher dem Schenker gebohrner Kinder widerrufen ist, wird nicht gültig, wenn auch die Kinder gleich nachher sterben sollten.

§. 1.

Die Gesetze verstatten dem Schenker wegen der ihm nachher gebohrner Kinder die Schenkung zu widerrufen, wenn er nämlich zur Zeit der Schenkung keine Kinder gehabt, noch auch Kinder hoffen konnte; die Schenkung selbst einen beträchtlichen Theil seines Vermögens betroffen; und er diesem Recht nicht ausdrücklich entsagt hat. Wenn nun aber einmal eine Schenkung aus dieser Ursach widerrufen ist, so bleibt sie auch alsdenn unverbindlich, wenn gleich die Kinder nachher sollten gestorben seyn f).

§. 2. Die *L. 8. C. de revoc. donat.* entscheidet diesen Fall deutlich genug, es heißt: *Si unquam libertis patronus filios non habens, bona*

f) *Zoesius* ad ff. Tit. de don. n. 142. *Perez* ad C. tit. de revoc. don. n. 30. *Fachineus* contr. iur. lib. 3. cap. 90. *Donellus* ad L. 8. C. de rev. don. n. 9. *Brunnemann* ad L. 8. C. de revoc. don. n. 21.

*na omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos; totum quidquid largitus fuerat, revertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.* Fällt nach diesem Gesetz die ganze Schenkung an den Schenker wieder zurück, und erhält derselbe an der geschenkten Sache das völlige Eigenthum wieder; so kann ihm auch die Sache, wovon er einmal Eigenthümer und Herr ist, wider seinen Willen nicht genommen werden l), sondern wenn die Schenkung gelten soll, so muß solche aufs neue wieder geschehen.

§. 3. Auf so klaren und deutlichen Gründen beruhet unsere Meinung, daher denn auch die Gesetze, die man derselben von der Gegenseite m) entgegensetzet, uns im geringsten nicht schaden können. Wir wollen dies nur noch mit wenigen zeigen.

Den ersten Grund nimt man aus der *L. 12. ff. de iniust. rupt. et irrit. fact. test.* n) worin gesagt

l) *L. 11 ff. de reg. iur.* Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.

m) *Gomez* var. res. lib. 2. cap. 4. n. 12. *Clarus* recept. sent. lib. §. 4. donatio qu. 23. n. 9.

n) Posthumus praeteritus, vivo testatore natus decessit: licet iuris scrupulositate, nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere, scriptus heres potest, remque obtinebit, ut et divus Hadrianus et Imperator noster rescripserunt.

gesagt wird, daß ein Testament, welches durch die Geburth eines Kindes das darin übergangen ist, aufgehoben würde, dennoch nach dem prätorischen Recht gültig bleibe, wenn dasselbe vor dem Testator verstorben sey. Hievon macht man nun einen Schluß auf eine Schenkung; allein dieser Schluß ist in allem Betracht fehlerhaft. Ganz anders verhält es sich mit einem Testament, ganz anders mit einer Schenkung. Ein Testament welches durch die Geburt eines Kindes aufgehoben ist, wird nach dem prätorischen Recht, wenn das Kind vor dem Testator verstorben ist, deswegen wieder gültig, weil theils das Testament noch da ist, theils auch niemand dadurch Schaden leidet. Aber eine Schenkung die einmal wiederrufen ist, ist gleich ungültig und existiret nicht mehr, kann also auch nicht wieder bestätiget werden, weil solche dem Willen des Schenkers völlig zuwiderlaufen, und auch zu seinem grösten Schaden gereichen würde, wenn man ihm die geschenkte Sache wiedernehmen wollte.

§. 4. Eben das gilt auch von der *L. 3. C. de secund. nupt*, worin der Frau die zur zweyten Ehe schreitet, die Veräusserung der Sachen die sie von ihrem ersten Mann erhalten hat, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, untersagt, in dem Fall aber, wenn diese gestorben, erlaubt wird. Denn einer Frau die sich zum zweytenmal verheirathet, wird die Veräusserung nur auf den Fall, wenn Kinder da sind, ver-

verbothen. Hier aber wird die Schenkung nicht auf eine gewisse Zeit für ungültig erkläret, sondern so bald der Schenker die Schenkung widerrufet, höret sie völlig auf, und kann also auch nicht von selbst wieder zu gelten anfangen.

# Hundert und sechszigste Meditation.

Ein über eine Spielschuld eingegangner Vergleich ist ungültig.

§. 1.

Es führet *Stryk in usu mod. Tit. de alcat.* §. 9. ein von der Hallischen Juristen-Facultät ertheiltes rechtliches Gutachten an, nach welchem ein über eine Spielschuld eingegangner Vergleich für gültig erkannt worden.

Die Entscheidungs-Gründe dieses Urtheils sind folgende: Erstlich wurde nicht aus dem Spiel, sondern aus dem Vergleich geklagt, und sey also nicht auf die Ursach des Vergleichs, sondern nur darauf, was verglichen sey, zu sehen o).

Zweytens stehe niemand aus seinem begangenen Betrug eine Klage zu p), dennoch aber

o) L. 236. de transact.
p) L. 12. ff. de dol. mal.

aber sey erlaubt darüber einen Vergleich einzugehen q).

Drittens könne so wol über öffentliche als privat Verbrechen quoad interesse partium ein Vergleich geschlossen werden r).

§. 2. Ehe wir auf jene Gründe antworten, müssen wir hier nur noch erst erinnern, daß nach dem römischen Recht nicht blos die Glücksspiele verbothen s), und nur einige Spiele erlaubt waren; sondern daß auch eine über eine Spielschuld ausgestellte Handschrift zurückgefordert werden konnte t). — Daß überhaupt die in dem römischen Recht wegen der Spiele gegebene Gesetze, auch bey uns angenommen, und wir also in vorkommenden Fällen, so lange keine besondere Landesgesetze da sind, darnach sprechen müssen, ist wohl keinem Zweifel unterworfen u). Wenn aber alles das seine Richtigkeit hat, wenn selbst nach den Reichsgesetzen v) keiner

q) L. 27. §. 3 et 4 ff. de pact.
r) L. 18. C. de transact. L. 56. §. 4 ff. de furt.
s) L. 2. §. 1. L. ult. §. 1 et 2 ff. de transact. L. 1. 2. 3. C. eod.
t) L. 3. C. de aleat.
u) Strube rechtl. Bedenk. Theil 4. Bed. 131. und Theil 5. Bed. 9.
v) R. A. von 1570. §. 211. Es soll auch keiner dem andern auf dem Spiel aufschlagen, noch weiter dann er baar Geld hat, spielen. Wo aber einer dem andern viel oder wenig auf Borg abgewinne, soll ihm der andere, nichts darum zu geben schuldig seyn.

ner zur Bezahlung einer Spielschuld verbunden ist: so kann auch kein Vergleich, einer Sache, die an und für sich nicht erlaubt ist, eine Gültigkeit geben.

§. 3. Hieraus lässet sich nun leicht auf die angeführten Gründe antworten. Denn wenn gleich bey einem über eine Spielschuld eingegangenen Vergleich, nicht aus dem Spiel, sondern aus dem Vergleich geklagt wird: so muß doch immer auf den Ursprung und Grund des Vergleichs mit Rücksicht genommen werden. Ist dieser durch die Gesetze als ungültig erkannt, so kann der Regel nach auch eine gültige Handlung eine ungültige nicht gültig machen. Was aber den zweyten und dritten Entscheidungs-Grund anbetrift, so liegt der Grund davon selbst in den Gesetzen. Denn darin ist so wohl ein Vergleich wegen eines begangnen Betrugs, als auch wegen eines Verbrechens, für gültig erkannt, solches aber kann man von einem über eine Spielschuld eingegangnen Vergleich nicht sagen, denn dieser ist nie in den Gesetzen für gültig erklärt worden w).

---

Hundert

w) *Carpzov* pr. crim. qu. 134. n. 24. *Idem* lib. 6. resp. 96. n. 11. *Berger* part. 1. supplem. elect. discept. for. Tit. 5. n. 11. *Wernher* part. 2. obs. 402. n. 5.

# Hundert ein und sechszigste Meditation.

## Ein Jude kann einem Christen seine an einen Christen habende Forderung nicht abtreten.

§. 1.

In dem R. A. vom Jahr 1551. §. 79. ist folgendes verordnet. Es soll auch kein Christ hinfürter einem Juden sein Action und Forderung gegen einen andern Christen abkaufen, oder ein Jud als Schuldgläubiger einem andern Christen solche Actionen und Forderungen in einigem Weg cediren, oder einigs Kontractsweise zustellen, bey Verlust derselben Forderung. In der P. O. vom Jahr 1577. Tit. 20. §. 4. wird diese Verordnung fast wörtlich wiederholet.

§. 2. So klar und deutlich gleich diese Verordnung ist: so wollen doch viele Rechtsgelehrte x) dafür halten, daß dies Gesetz alsdenn keine Anwendung finde, und folglich die Abtretung einer solchen Forderung in dem Fall als gültig anzusehen sey, wenn kein Zinswucher da sey,

x) *Carpzov* part. 2. const. 30. def. 45. *Richter* part. 1. dec. 36. n. 12. *Boehmer* cons. et resp. Resp. 353. n. 25.

sey, und das über die Forderung errichtete Instrument gerichtlich gemacht sey. Auch soll auf gleiche Art bey Schutzjuden y) diese Verordnung nicht Statt finden.

§. 3. Allein diese Ausnahmen scheinen uns nicht gegründet, sondern vielmehr dem Gesetz grade entgegen zu seyn. Denn daß hier jener R. A. von der Ceßion einer gültigen Forderung, woraus dem Juden eine Klage zusteht, rede, ist aus dem Zusammenhang klar. Kurz vor jener angeführten Verordnung, werden alle die Erfordernisse bestimmet, unter welchen eine von einem Christen an einen Juden ausgestellte Obligation gelten solle. Es heißt davon in dem nämlichen Paragraph: **Wollen und gebiethen, daß die Juden hinfürter kein Verschreibung oder Obligation, vor jemands anders dann der ordentlichen Obrigkeit darunter der contrahirend Christ gesessen, aufrichten: doch sollen den Juden die aufrichtige Handthierungen und Commercien in den ofnen freyen Messen, und Jahrmärkten hiemit unbenommen seyn. Da aber einige Verschreibung oder Obligation aufzurichten vonnöthen, so soll dieselbig von der Obrigkeit des Orts verfertiget werden. Und da sie diesem zu entgegen einige Verschreibung hinführo aufrichten liessen, so soll dieselbig kraftlos, nichtig**

y) *Stryk* U. M. Tit. de hered. vel act. vend. §. 12.

rig und unbündig seyn, und kein Richter darauf erkennen z).

§. 4. Schon die Verbindung worin beyde Verordnungen mit einander stehen, da gleich nach dieser eine solche Ceßion verbothen wird, muß uns schon so viel lehren, daß hier von einem gültigen Kontract oder Handlung die Rede sey. Sollten blos betriegliche Kontracte der Gegenstand jenes Gesetzes seyn, so wäre solches in der That unnütz und überflüßig. Denn um betriegliche Kontracte zu entkräften, brauchen wir keine Reichsgesetze, da die gemeinen Rechte solche schon verbieten, und für ungültig erklären.

§. 5. Zwar können wir nicht leugnen, daß, wie auch der §. 78. gedachten R. A. lehrt, der Juden Wucher, die Veranlassung zu diesem Gesetz gegeben habe. Aber kann wohl dieser Bewegungsgrund das ganze allgemeine Verboth einschränken? Ist es uns erlaubt nach Gefallen Ausnahmen von einem Gesetz zu machen, die nicht in demselben enthalten sind? und kann man gleich schliessen, daß, wenn der Bewegungsgrund des Gesetzes wegfält, deswegen das Gesetz ceßire? Auf die Art würde man ja viele gesetzliche Verordnungen entkräften, so bald man nur zeigen könnte, daß bey diesem oder jenem der

z) Daß erwähnter Paragraph noch im Gebrauch sey, bezeugt **Cramer** in Wetzl. Beyträgen Th. 2. Nr. 11.

der Bewegungsgrund des Gesetzes wegfalle. Aus diesem ist es auch zugleich mit klar, daß jene Verordnung alle Juden ohne Unterschied treffe. Denn das Gesetz redet allgemein, und nie kann auch der den Juden ertheilte Schutz, — dessen doch alle bedürfen, — denselben ein grössers Vorrecht geben, und sie von dieser gesetzlichen Verordnung dispensiren a).

---

# Hundert zwey und sechszigste Meditation.

Ein pactum commissorium ist auch heut zu Tage bey einem Pfand unerlaubt, und gilt auch nicht, wenn es gleich nachher dem Kontract zugefügt worden.

## §. 1.

Kajus hatte von dem Titus ein Kapital von 400 Rthlr. aufgenommen, und demselben verschiedne silberne Geräthe zu Unterpfand gege-

 ben.

a) Unsere Meinung behaupten: *Lauterbach* Colleg. th. pr. Tit. de hered. vel act. vend. §. 22. *Coccedi* J. C. eod. tit. qu. 13. Cramers Wetzl. Nebenst. part. 29. pag. 80 sq. von Selchow Rechtsfälle 2. Band dec. 26. *Wernher* Tom. 1. part. 1. obs. 99. *Leyser* sp. 199. cor. 2. Strube

ben. Nach Verlauf einiger Zeit, wurden beyde mit einander einig: daß, wenn das Unterpfand innerhalb zwey Jahren, von Zeit der ausgestellten Obligation angerechnet, nicht eingelöset würde, solches dem Gläubiger vor die vorgeschossene Summe von 400 Rthlr. verfallen seyn sollte. Nach verflossenen zwey Jahren, wollte Kajus das Kapital bezahlen, und verlangte daher das Unterpfand wieder zurück, wie sich aber der Gläubiger diesem widersetzte, muste er desfalls gegen denselben klagen.

§. 2. Der Gläubiger setzte dem Schuldner folgende Einreden entgegen. Er behauptete nämlich, daß man theils heut zu Tage das pactum commissorium nicht schlechterdings für ungültig halten könne, weil solches nach den Reichsgesetzen b) nur blos den Juden untersagt sey, mithin auf dem Fall, wenn Christen unter einander einen solchen Vertrag eingegangen hätten, nicht angewendet werden könne. Theils wäre

be rechtl. Bed. Th. 3. Bedenk. 66. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 158. *Joh. Sam. Frid. Boehmer* de cessione nominis a Judaeo in Christianum facta rata vel irrita.

b) P. O. vom Jahr 1577. Tit. 20. §. 5. Und dieweil man in Erfahrung kommt, daß die Juden mit den Christen sondere Geding machen, da die eingesetzte Pfand nicht gelößt würde, daß alsdann dieselbige ihnen verfallen seyn sollte. Wann aber dasselbige den Rechten zuwider, so ordnen wir, daß solch Geding verbotten, und nichtig seyn. u. s. w.

wäre nach der Meinung vieler Rechtsgelehrten c) das pactum alsdenn gültig, wenn solches nachher eingegangen würde, denn hier fiele der Grund des Verboths völlig weg.

§. 3. So anscheinend diese Gründe gleich sind, so glauben wir dennoch, daß der angehängte und oben angeführte Vertrag allerdings ungültig sey. — Denn, wenn gleich die in der (Not. b) angeführte Worte der P. O. nur blos von Juden reden, so giebt uns das doch keinen Grund, dies Verboth nur blos auf selbige einzuschränken. Der Gesetzgeber verbiethet hier durchgehends dergleichen Verträge, wie die Worte: **wenn aber dasselbige den Rechten zuwider,** deutlich anzeigen d), denn nach den gemeinen Rechten sind, — wie wol keiner leugnen wird, — die pacta commissoria bey dem Pfand schlechterdings verbothen. Wollen wir auch überdem diese Verordnung auf Juden einschränken; so können wir auch eben so gut behaupten, das jener Titel der P. O. der nur blos von Juden redet, die Christen gar nichts angehe, daß es daher diesen erlaubt sey, auf gestohlnen und geraubt Guth zu leihen, solches an sich zu kaufen, und mehr als 5 Procent Zinse zu nehmen. Das wird aber wohl keiner in Ernst glauben.



c) *Negusantius* de pignoribus membr. 3. part. 4. n. 6. *Coccei*i J. C. Tit. de pign. act. qu. 9.

d) *Leyser* sp. 158. m. 2. *Feurlein* de illegitimis quibusd. pignora et hyp. constit. retinendique modis Sect. 1. §. 6.

§. 4. Eben so wenig können wir auch das zugeben, daß dieser Vertrag dadurch, wenn er nicht gleich, sondern einige Zeit nach errichteter Haupt-Obligation eingegangen sey, seine Gültigkeit erlange. Der Kaiser Constantin verbietet überhaupt alle pacta commissoria, und verordnet: *quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit, et futura prohibet. Creditores enim re amissa, iubemus recuperare quod dederunt* e). Bey diesen so allgemein verbiethenden Worten, ist es uns nicht erlaubt nur blos auf den Bewegungsgrund des Gesetzgebers zu sehen; und wer kann denn wohl behaupten, daß der Grund des Gesetzes nicht eben so wol bey solchen Verträgen, die nachher eingegangen werden, statt finde, und wer muß nicht zugeben, daß nach gegenseitiger Behauptung das Gesetz selbst ohne Wirkung seyn würde? Eben die Nothwendigkeit die dem Schuldner antreibt, Geld aufzunehmen, eben die Verlegenheit kann auch da seyn, wenn der Gläubiger sein Geld wieder verlangt, und solle da der Schuldner nicht leicht bewogen werden können, einen solchen Vertrag einzugehen. Und solle auch nicht der Gläubiger, wenn er damit durchkommen könnte, nicht suchen,

e) L. f. C. de pact. pign.

suchen, auf alle Art und Weise, seinen Schuldner dazu zu bereden. In der That bleibt also immer ein und eben derselbe Bewegungsgrund, und daher muste auch in obigen Fall der Gläubiger zur Herausgabe des Pfandes angehalten werden f).

---

# Hundert drey und sechszigste Meditation.

Ein Pfandgläubiger begiebt sich dadurch seines Pfandrechts nicht, wenn er sich zur Sicherheit seiner Forderung noch einen Bürgen stellen läßt.

§. 1.

Man kann sich auf eine doppelte Weise seines Pfandrechts an einer Sache begeben, entweder ausdrücklich oder stillschweigend. Ei-



f) Unserer Meinung sind: *Faber* error. pragm. part. 1. dec. 21. n. 2. *Perez* ad C. tit. de pact. pign. n. 8. *Struv* ex 26. §. 7. *Lud. Menke* de lege commissoria in iure reprobata. *Engelbrecht* de lege commissoria contractui pignoratitio illicite, et emtioni venditioni aliisque contractibus licite adiecta. *Riccius* problema iur. Germ. num pactum comm. circa pignora in Germanorum fora, in quibus id quondam valuit, rursus sit invehendum et approbandum.

ne stilleschweigende Begebung des einem zuste-henden Rechts wird aus solchen Handlungen vermuthet, wodurch jeder vernünftiger Mensch zu erkennen giebt, daß er seinen Recht entsaget habe. Ob hiezu nun auch derjenige Fall gehöre, wenn der Pfandgläubiger, sich zur Sicherheit seiner Forderung noch einen Bürgen hat stellen lassen, wollen wir jezt untersuchen. Da diese Frage bereits von **Thomasius** in einer beson-dern Disputation g) abgehandelt ist, so wollen wir die Gründe daraus hernehmen, und nur noch einen Fall erzählen, worin über jene Fra-ge gestritten wurde.

§. 2. Ein Pfandgläubiger hatte sich von seinem Schuldner, wegen eines demselben vor-geschossenen Darlehns von 400 Rthlr. eine spe-cial Hypothek auf eines seiner Grundstücke con-stituiren, solche so gleich gerichtlich bestätigen und ingroßiren lassen. Nach einiger Zeit be-wegte er seinen Schuldner, ihm überdem noch einen Bürgen zu stellen, behielt aber die erstere mit einem Pfandrecht versehene Schuldverschrei-bung in Händen, und ließ sich von dem Bür-gen einen besondern Bürgschein geben. Nicht lange darnach gerieth der Bürge in Absfall seiner Nahrung, so daß von demselben nichts zu hof-fen war. Der Pfandgläubiger sah sich also ge-nöthiget, wider seinen Schuldner zu klagen, und

g) De remissione tacita pignoris vel hypothe-cæ per accept. chirographi novi aut fideiusso-ris §. 8. seq.

und wie sich darauf mehrere Gläubiger meldeten, entstand ein Konkurs. Hier wollten nun die mit einem Pfandrecht versehene Gläubiger, diesem das Vorzugsrecht streitig machen und behaupteten, daß er dadurch weil er einen Bürgen angenommen seines Pfandrechts sich stillschweigend begeben habe, mithin unter die chirographarischen Gläubiger gesezt werden müste.

§. 3. Man wird sich von dieser ganz irrigen Meinung am besten überzeugen können, wenn wir die Gründe, die man sich von beyden Seiten bediente, anführen, und gegen einander halten. Warum wir hier in diesem Fall dem Gläubiger sein einmal habendes Pfandrecht nicht absprechen können, bedarf keiner weitläuftigen Ausführung.

Bey einer jeden Handlung muß man vornämlich auf die Absicht und Endzweck der Partheyen sehen; besonders aber da, wo es auf eine Entsagung eines Rechts ankommt, in zweifelhaften Fällen immer vermuthen, daß sich niemand seines Rechts habe begeben wollen h). Ein solcher Zweifel ist aber in der That im gegenwärtigen Fall nicht mal da. Denn gesezt, es wäre der Wille des Pfandgläubigers gewesen, sein Pfandrecht fahren zu lassen, warum gab er



h) *L. 56 et 192. ff. de reg. iur.* In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus iustius est, quam tutius.

denn nicht dem Schuldner die Pfandverschreibung wieder zurück? Zeigte er vielmehr nicht, durch die Zurückbehaltung derselben das Gegentheil an, und gab er dadurch nicht zu erkennen, daß er blos zu mehrerer Sicherheit, sich einen Bürgen habe geben lassen? Oder war es die Absicht des Schuldners durch Stellung eines Bürgens, die verschriebene Hypothek aufzuheben: warum ließ er denn die Pfandverschreibung in den Händen seines Gläubigers.

§. 4. So sehr widerstreitet dies alles einer stilleschweigenden Erlassung des Pfandrechts von Seiten des Gläubigers. Aber überhaupt genommen, verdient hier der Pfandgläubiger mehr als die übrigen Gläubiger begünstiget zu werden. Jener sucht weiter nichts als seinen Schaden abzuwenden, diese aber Vortheil zu erhalten, wenn sie jenem sein Pfandrecht absprechen wollen. Soll aber den Rechten nach, immer gegen denjenigen gesprochen werden, der sich mit dem Schaden eines andern, Vortheile zueignen will: so muß solches hier auch immer die übrigen Pfandgläubiger treffen.

§. 5. Es wird nunmehr auch leicht seyn, auf die gegenseitigen Gründe zu antworten.

Man sagt: soll man eine stilleschweigende Begebung eines Rechts aus solchen Handlungen schliessen, wodurch jeder vernünftiger Mensch zu erkennen zu geben pflegt, daß er sein Recht wolle

fah-

fahren lassen: so ist auch hier gewiß kein ander Grund vorhanden, als daß der Gläubiger durch Annehmung eines Bürgens sich seines Pfandrechts begeben habe. Denn daß er solches blos zu mehrer Sicherheit solle gethan haben, ist widersprechend, da ein Pfand weit mehr Sicherheit als ein Bürge giebt.

§. 6. Allein fürs erste gründen sich hier die Gläubiger in einer stilleschweigenden Begebung eines Rechts, welche wie wir gezeigt haben, nicht vermuthet wird, sondern bewiesen werden muß. Dieser Beweis aber fehlet hier, wie aus obigen erhellet, und wird auch durch das, was wir in vorhergehenden Paragraph angeführet haben, nicht ersetzt.

Fürs andere ist allerdings hier ein Grund vorhanden, weswegen der Gläubiger ausser seinem Pfand sich noch einem Bürgen hat geben lassen, nämlich um desto mehr Sicherheit zu haben. Ist es gleich der Regel nach wahr, daß ein Pfand grössere Sicherheit gewährt als ein Bürge; so ist doch die Folge die man daraus herleiten will falsch, und es ist ungegründet, daß durch die Annehmung des einen, das andere aufgehoben werde. Von keinem glaubt man, daß er seinen Zustand habe verschlimmern wollen; ist daher ein Pfandrecht besser als ein Bürge; so muß auch diese Vermuthung dem Pfandgläubiger hier zu Statten kommen, da sein Zustand immer besser wird, wenn er so wol Sicherheit

heit an dem Pfand als Bürgen hat, und so im Fall eines zu seiner Befriedigung nicht hinreichend ist, sich an beyde halten kann.

§. 7. Aber was sollen wir zu den Gesetzen i) sagen, die man uns entgegen zu setzen pflegt. Auch die Zweifel die daraus dem Anschein nach entstehen, werden bald verschwinden, wenn man solche nur gehörig erklärt Ehe wir aber diese Gesetze selbst ansehen, müssen wir vorher anführen, wie **Thomasius** in der angeführten Disputation (§. 14.) bemerkt, daß diese Gesetze

i) *L. 6. pr. ff. quib. mod. pig. solv.* Item liberatur pignus sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est.

*L. 14. ff. eod. tit.* Cum colono tibi convenit, ut invecta, importata tibi pignori essent, donec merces tibi soluta, aut satisfactum esset. *Deinde mercedis nomine fideiussorem a colono accepisti, satisfactum tibi videri existimo, et ideo illata pignori esse desiisse.*

*L. 52. ff. de solut.* Satisfactio pro solutione est.

*L. 9. §. 3. ff. de pign. act.* Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneratitia actio; satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum; sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fideiussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nuda conventione nascitur pigneratitia actio; et generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si, ut ipse voluit, sibi cavit, licet in hoc deceptus sit.

setze eigentlich nicht von der stillschweigenden Begebung des Pfandrechts reden, sondern nur den Sinn, der bey den Römern bey Constituirung eines Pfandes gebräuchlichen Formeln, erklären; und bestimmen was unter den Worte Befriedigung (satisfactio) zu verstehen, und wie dieselbe von der Bezahlung unterschieden sey.

§. 8. Dies zum voraus gesetzt, können wir bald zeigen, daß in jenen Gesetzen keinesweges gegenwärtiger Fall entschieden werde.

Die *L. 6. pr. ff. quib. mod. pig. vel hyp. solv.* sagt zwar, daß ein Pfand aufhöre, wenn entweder die Schuld bezahlt, oder der Gläubiger auf eine andere Art befriediget sey. Allein wir müssen hier nothwendig, wenn man nicht ins ungereimte fallen will, annehmen, daß solches nur von einem solchen Fall zu verstehen sey, wenn nämlich der Gläubiger darin williget. Dies lehret der ganze Zusammenhang des Gesetzes, und ist auch aus den folgenden Worten klar.

§. 9. Auf gleiche Art enthält die *L. 14. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* nichts, woraus man die gegenseitige Meinung behaupten könnte. Die Worte des Gesetzes lehren, daß hier von einem solchen Fall die Rede sey, da der Pächter und Verpächter mit einander ausgemacht haben, daß die eingebrachten Sachen des Pächters dem Verpächter so lange verpfändet

seyn

seyn sollte, bis er entweder die Pacht bezahlt, oder ihn auf eine andere Art befriediget habe. So bald nun der Pächter Bürgen stellet, hat er auch jenen Vertrag erfüllet, und dem Verpächter auf eine andere Art befriediget. Daß so, dies Gesetz verstanden werden müsse, lehren die Anfangsworte desselben: *cum colono tibi convenit.* Hier ist also von keiner stilleschweigenden Begebung eines Rechts die Rede.

§. 10. Daß auch die Worte der *L. 52. ff. de sol. satisfactio pro solutione est*, nicht so allgemein genommen werden können, sondern immer auf den Fall eingeschränkt werden müssen, falls der Gläubiger damit friedlich ist, braucht wohl keines Beweises. Man müste sonst auch annehmen, daß es immer bey dem Schuldner stehe, wie und auf was für Art er seinen Gläubiger befriedigen wolle, und daß der Gläubiger sich jede Befriedigung auch müsse gefallen lassen.

§. 11. Endlich lehret uns auch die *L. 9. §. 3. ff. de pign. act.* nichts weiter als die verschiednen Arten der Befriedigung, und wie dadurch das Pfand aufgehoben werden könne. Es versteht sich aber immer, daß, wenn keine baare Bezahlung dem Gläubiger angebothen wird, dessen Einwilligung alsdenn erfordert werde, wenn der Schuldner ihn auf eine andere Art befriedigen will. Dies zeigen die Worte *quemadmodum voluit creditor*, und *quoties recedere voluit creditor a pignore* ganz deutlich an.

Diese

Diese kurze Ausführung mag zur Bestärkung unserer Meinung genug seyn, und wird hoffentlich schon einen jeden überzeugen, daß selbige nicht blos der Billigkeit, sondern auch den Gesetzen am angemessensten sey.

# Hundert vier und sechszigste Meditation.

## Die Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten wird dadurch nicht aufgehoben, wenn dieselben sich an einen solchen Ort begeben, wo die Gemeinschaft der Güter nicht ist.

§. 1.

Ueber diese an sich streitige Rechtsfrage wurde zwischen einem Ehemann und den Erben seiner verstorbenen Frau gestritten. Die Veranlassung dazu war folgende: Beyde Eheleute waren aus einem solchen Ort gebürtig, wo die allgemeine Gemeinschaft der Güter durch ein Gesetz eingeführet war, hatten sich daselbst einander geheirathet, und verschiedne Jahre gewohnt. Nachher erhielt der Mann einen Ruf in ein Land, wo keine Gemeinschaft der Güter war. Einige Jahre darauf starb die Frau ohne Kinder zu hinterlassen, und hier war es, wo deren noch lebende Eltern, von dem Mann das von seiner

verstorbnen Frau ihm zugebrachte Heirathsgut wieder zurückforderten.

§. 2. Jeder der nur weiß, wie sehr die Rechtsgelehrten, in Entscheidung dieser Frage von einander abweichen k), wird bald einsehen, wie verschieden auch die Entscheidung in jenem Fall ausfallen muste.

Wir haben behauptet, daß durch die Veränderung des Wohnorts keineswegs die Gemein-

k) Daß die Gemeinschaft der Güter durch die Veränderung des Wohnorts aufgehoben werde, behaupten: *Mevius* ad Jus Lubec. part. 2. tit. 2. art. 12. *J. H. Boehmer* conf. et resp. tom. 2. resp. 866. n. 16. et in diss. de aeris alien. inter coniug. Hamb. com. §. 16. *G. L. Boehmer* de iurib. et oblig. coniug. superst. ex com. bon. §. 9. *Wittenberg* de uxore marit. domic. suum mutant. sequente. *Baleke* de iur. ex mutat. domic. result. *a Rheden* de success. coniug. cap. 5. §. 25. *Tafinger* effectus potior. com. bonor. constant. matr. §. 9. Strube rechtl. Bed. Th. 4. Bed. 70. **Westphal** deutsche und reichsständische Privat-Recht Th. 1. Nr. 3.
Es verneinen solches: *Sande* dec. Fris. lib. 2. tit. 5. def. 10. *Lauterbach* de soc. com. coniug. §. 17. *Voet* ad ff. tit. de rit. nupt. §. 87. *Eichel* de com. bonor. inter coniug. §. 32. *Hertius* vol. 2. dec. 947. n. 3. *Hoffmann* de com. bonor. coniug. §. 3. *Wesel* de connubiali bonor. societ. tr. 1. n. 105. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 121. §. 2. *Gildemeister* de commun. bon. inter coniug. §. 24. **Elsässer** Beyträge zum Kanzleywesen Nr. 4.

meinschaft der Güter aufgehoben werde, wir nehmen aber zugleich diese beyden Fälle davon aus, wenn nämlich entweder die Eheleute mit einander ausgemacht haben, daß nunmehr die Gemeinschaft der Güter unter ihnen aufhören solle; oder wenn in dem Lande, wohin sie sich begeben haben, durch ein Gesetz die Gemeinschaft der Güter verbothen ist. In allen andern Fällen aber halten wir dafür, daß nach wie vor die Güter-Gemeinschaft unter den Eheleuten bestehen.

§. 3. Alle Rechtsgelehrte stimmen darin mit uns überein, daß, wenn bey Schliessung der Ehe, die Eheleute durch einen ausdrücklichen Vertrag die Gemeinschaft der Güter unter sich verabredet haben, dieselbe durch die Veränderung des Wohnorts nicht aufgehoben werde, nur alsdenn wenn solche stilleschweigend eingegangen ist, wollen sie solche für aufgehoben ansehen. — Die Gründe dieser Meinung bestehen in folgenden: Man sagt, ein Landesgesetz verbindet jemand nicht länger, als man sich in dem Lande aufhält, und die stilleschweigende Einwilligung, vermöge welcher die Eheleute sich diesem Landes-Gesetz in Absicht der Gemeinschaft der Güter unterworfen haben, höret auf, so bald sie sich in ein ander Land begeben.

Ferner behauptet man, daß Eheleute, wenn sie aus einem Lande in das andere ziehen, den Gesetzen des Landes woraus sie ziehen, entsagt,

und sich den Gesetzen ihres jetzigen Wohnorts unterworfen hätten.

§. 4. Aber diese Gründe scheinen uns nicht zum Beweis jener Meinung hinlänglich zu seyn. — Denn ist es wahr, daß, wenn ausdrückliche Verträge da sind, diese durch die Veränderung des Wohnorts nicht aufgehoben werden, warum sollen wir denn bey solchen Handlungen, wo eine stilleschweigende Genehmigung zum Grunde liegt, eine Ausnahme machen? Sind denn stilleschweigende Verträge nicht eben so bündig, als ausdrückliche? und kann denn wohl ein Theil ohne Willen des andern, von einem solchen stilleschweigenden Vertrag abgehen? Das würde aber offenbar hier geschehen. Denn so bald zwey Personen sich an einem Ort heirathen, wo die Gemeinschaft der Güter ist, und bey der Ehe nichts ausmachen, so unterwerfen sie sich stilleschweigend diesem Gesetz. Es ist also in Grund betrachtet ein wahrer Vertrag, da, wie die Gesetze sagen, kein Unterschied darunter ist, ob die Einwilligung durch Worte oder Handlungen erkläret wird. So wie es also gleich Anfangs auf den Willen der Eheleute ankam, ob sie entweder die Gemeinschaft der Güter unter sich eingehen wollten, oder nicht: so kann auch, wenn sie das erstere gewählet haben, dem anderen sein dadurch erlangtes Recht wider Willen nicht genommen werden.

§. 5.

§. 5. Eben so wenig wird man auch wohl behaupten können, daß hier in diesem Fall, durch die Veränderung des Wohnorts die Gemeinschaft der Güter aufgehoben werde. Denn erstlich ist überhaupt die bloße Begebung von einem Ort zum andern keine Handlung, wodurch man seinen Recht entsagt. Fürs zweyte ist es auch allgemein genommen nicht wahr, daß die Gesetze eines Orts an den andern ohne Wirkung sind. Denn so bald das Gesetz so beschaffen ist, daß es in dem Willen der Parthepe steht, ob sie demselben sich unterwerfen wollen oder nicht, fällt jene Regel weg. Wer hindert aber hier die Eheleute, auch an den Orten wo die Gemeinschaft der Güter nicht ist, solche unter sich einzugehen?

§. 6. Uns scheinet es also immer mehr mit der Natur der Gemeinschaft der Güter, und selbst dem Willen der Eheleute übereinzukommen, wenn man, eine einmal unter denselben eingegangne Gemeinschaft der Güter, auch dennoch für beständig hält, wenn gleich die Eheleute ihren Wohnort verändert haben sollten. Denn da durch die Gemeinschaft der Güter, die Rechte beyder Eheleute in Absicht der zugebrachten Güter gleich sind, so kann auch dieses gemeinschaftliche Recht, durch eine solche Handlung nicht von selbst wieder aufgehoben werden.

Indessen aber ist es immer, um weitläuftige Processe zu vermeiden, rathsam, entweder bey Schliessung der Ehe durch ausdrückliche Ver-

träge, oder wenn solches nicht geschehen, wenigstens alsdenn, wenn Eheleute von einem Ort nach einem andern sich begeben, zu bestimmen, wie es in der Folge gehalten werden sollte.

# Hundert fünf und sechszigste Meditation.

Ein Vormund kann, wegen eines in Verwaltung der Vormundschaft begangnen geringen Nachläßigkeit (culpa levis,) der Vormundschaft nicht entsetzt werden.

§. 1.

Daß der Vormund in Verwaltung der Vormundschaft den mittlern Fleiß (diligentia media) anwenden, und jeden Schaden, den er seinem Pupillen durch ein geringes Versehen (culpa levis) zugefügt hat, ersetzen müsse, ist bekannt. Aber ob ein solches von dem Vormund begangnes Versehen, eine gegründete Ursach sey, demselben seines Amts zu entsetzen? darüber sind die Rechtsgelehrten l) nicht einig.

§. 2.

l) Es behaupten solches *Wissenbach* ad L. 9. C. de susp. tut. *Montanus* de tutelis cap. 36. reg. 3. n. 5. *Wesenbec* ad ff. Tit. de susp. tut. n. 6. *Duarenus* comment. iur. civ. Tit. de susp. tutor. *Hei-*

§. 2. Ohne uns einmal darauf einzulassen, wie unbillig und selbst für den Pupillen höchst schädlich es sey, wenn ein Vormund so fort, wegen eines geringen Versehens, seines Amts entsetzt werden sollte, können wir sicher behaupten, daß selbst die Gesetze jener Meinung völlig zuwider sind. Die *L. 7. §. 1. ff. de susp. tutor*, giebt die Ursachen an, die den Vormund in Verwaltung der Vormundschaft verdächtig machen, und weswegen er seines Amts entsetzt werden könne. Sie rechnet dahin den Betrug und grosse Nachläßigkeit, keinesweges aber eine geringe Nachläßigkeit, denn so heißt es: *si fraus non sit admissa, sed lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc, quasi suspectum oportet.*

§. 3. Selbst die Gesetze m), woraus man die gegenseitige Meinung hat herleiten wollen, reden derselben gar nicht das Wort, wie eine kurze Betrachtung derselben zeigen wird. Die *L. 3. §. 18. de susp. tut.* enthält folgendes: *qui ob segnitiem vel rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam remotus sit, in hac causa est, ut integra existimatione tutela vel cura abeat.*



*Heineccius* elem. iur. civ. sec. ord. inst. Tit. de susp. tutor. §. 306.

Hingegen verneinen es: *Hopp* ad §. 6. J. de susp. tut. *Struv* ex 31. §. 52. *Boehmer* intr. in ius dig. tit. de susp. tut. §. 7. Strube in rechtl. Bedenk. Th. 1. Bed. 85.

m) L. 3. §. 18 ff. de susp. tut. L. 9. C. eod. tit.

Wer sollte hiebey nicht bald bemerken, daß Trägheit u. s. w. nicht zur geringen, sondern zur großen Nachläßigkeit mit gehöre, und daß daher dieses Gesetz blos von einer großen Nachläßigkeit rede. Eben so wenig enthält auch die *L. 9. C. de susp. tut.* etwas was uns entgegen steht. Es heißt darin: *suspectos tutores ex dolo, non etiam eos, qui ob negligentiam remoti sunt, infames fieri manifestum est.*

Aus diesem Gesetz leitet man zwar den Schluß her, daß weil hierin kein Grad der Nachläßigkeit bestimmet sey, solches von einer geringen Nachläßigkeit müsse verstanden werden, indem das Wort *negligentia*, wenn es schlechtweg gesetzt sey, immer den mittelsten Grad der Nachläßigkeit anzeige.

Wir werden hierauf in der folgenden Meditation antworten, und bemerken hier nur erst, daß jenes Argument, so allgemein genommen, nicht richtig sey, wie wir gleichfalls nachher noch zeigen werden. Ueberhaupt aber wird zugleich diese unsere Meinung, durch die folgende Meditation, noch mehr bestärkt.

---

Hundert

# Hundert sechs und sechszigste Meditation.

Ein Vormund, der wegen einer grossen Nachlässigkeit (culpa lata) seines Amts entsetzt worden, wird nicht ehrlos.

§. 1.

So bald ein Vormund entweder betrüglich handelt, oder sich einer grossen Nachlässigkeit zu Schulden kommen läßt: so ist auch immer eine gegründete Ursach vorhanden, weswegen er seines Amts entsezt werden kann. Doch mit dem Unterschied, daß im ersten Fall, wenn nur in der Urthel des Betrugs erwähnt worden, der Vormund ehrlos wird, nicht aber, wenn er wegen einer grossen Nachläßigkeit abgesezt ist n).

§. 2. Der 6te §. der Institutionen unter dem Titel von verdächtigen Vormündern sagt ganz deutlich: *suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est, si ob culpam non aeque.* So deutlich diese Worte sind, so glauben doch die der gegenseitigen Meinung zuge-



n) *Struv* ex 31. §. 55. *Stryk* U. M. Tit. de susp. tutor. §. 5. *Cocceji* J. C. eod. tit. qu. 3. *Boehmer* intr. in ius dig. eod. tit. §. 7.

gethanen Rechtsgelehrte o), daß hier unter dem Worte *dolus* auch *culpa lata*, und unter dem Worte *culpa*, *culpa levis* begriffen, folglich jener Paragraph zu erklären sey, daß ein Vormund der wegen eines Betrugs oder grossen Nachläßigkeit abgesetzt ist, ehrlos werde, nicht aber, wenn die Ursach seiner Absetzung eine geringe Nachläßigkeit zum Grunde gehabt habe. Den Beweis nehmen sie aus den Gesetzen p) her, worin gesagt wird, daß eine grosse Nachläßigkeit dem Arglist gleich gehalten werde, und daß, wenn überhaupt einer Nachläßigkeit in dem Gesetzen Meldung geschehe, ohne den Grad derselben auszudrücken, darunter der mitlere Grad zu verstehen sey q).

§. 3. Ehe wir auf diese Einwürfe antworten, wollen wir erst zeigen, daß in jenen angeführ-

o) *Cuiacius* obs. lib. 7. cap. 8. *Donellus* com. iur. civ. lib. 16. cap. 7. et *Hilliger* ad eund. tit. X. *Zoesius* ad ff. Tit. de . susp. tut. n. 9. *Perez* ad C. eod. tit. n. 5. *Vinnius* ad §. 6. I. eod. tit. *Heineccii* elem. iur. civ. sic. ord. inst. eod. tit. §. 306.

p) *L.* 1. §. 1. *ff. si mens. fals. mod. dix.* -- lata culpa plane dolo comparabitur.

*L.* 32 *ff. depos.* Quod nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur.

*L.* 226. *ff. de verb. sign.* Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est.

q) L. 5. §. 2. ff. commod. L. 1. §. 35. ff. de pos. L. 23 ff. de reg. iur.

führten Worten allerdings unter der Nachläßigkeit der größte Grad derselben verstanden werde. Wir haben schon in der vorhergehenden Meditation uns auf die *L. 7. §. 1. ff. de susp. tut.* berufen, und dieses Gesetz entscheidet auch diese gegenwärtige Frage ganz deutlich. Denn da wird zwar die Absetzung wegen eines grossen Versehens zugelassen, jedoch ohne Verletzung der Ehre. Da wir ferner erwiesen, daß wegen eines geringen Versehens, ein Vormund nicht abgesetzt werden könne: so ist daraus auch zugleich klar, daß hier unter der *culpa*, blos allein *culpa lata* verstanden werden müsse.

§. 4. Auf diese Art lassen sich denn auch die angeführten Zweifel heben. Denn wenn es gleich wahr ist, daß unter dem Worte *dolus* auch *culpa lata*, und unter *culpa*, wenn dieses Wort schlechtweg gesetzt ist, *culpa levis* mit begriffen sey: so leidet doch dieses hier keine Anwendung. Der Betrug oder Arglist, und eine grosse Nachläßigkeit, sind sich einander gleich, so bald es auf eine Schadensersetzung ankommt. Hier aber, wo nicht blos eine Schadensersetzung, sondern auch eine Bestrafung zum Grunde liegt, ist es billig und gerecht beyde von einander abzusondern, und denjenigen der betrieglicher Weise gehandelt hat stärker als denjenigen zu bestrafen, der nur durch seine grosse Nachläßigkeit jemand Schaden zugefügt hat. — Und so kann man auch nicht allgemein behaupten, daß immer unter dem Wort *culpa*, *culpa levis* zu

verstehen sey, sondern diese Regel kann alsdenn nur wahr seyn, wenn in den Gesetzen nicht anders verordnet ist. Justinian hat in jenem Worte *dolus* und *culpa* von einander unterschieden, und daß hier *culpa* keinesweges *culpa levis* bedeute, wird daraus noch mehr klar, wenn wir hier uns nur erinnern wollen, daß überhaupt ein geringes Versehen nie eine Ehrlosigkeit nach sich ziehe, folglich diese ganze Verordnung, nach der gegenseitigen Erklärung, völlig unnütz seyn würde.

§. 5. Wir halten es nicht für nöthig hievon noch etwas weiters zu sagen, da selbst schon durch die in vorhergehender Meditation angeführten *L. 3. §. 18. ff. de susp. tut.* und *L. 9. C. eod. tit.* unsere Meinung ausser allem Zweifel gesetzt wird. Selbst die Gesetze r), die man uns noch entgegen zu setzen pflegt, unterstützen die gegenseitige Meinung gar nicht, wie schon die bloße Betrachtung derselben einen jeden von selbst lehren wird. Denn die *L. 7 §. 1. ff. de susp. tut.* lehrt nur so viel, daß auch ein Vormund wegen einer großen Nachläßigkeit abgesetzt werden könne. Die *L. ult. C. art. tut.* ent-

r) L. 7. §. 1 ff. de susp. tut. *L. ult. C. in f. art. tut.* -- Scituris tutoribus et curatoribus, quod si inventarium facere neglexerint, et quasi suspecti ab officio removebuntur, et pœnis legitimis, quae contra eos interminatæ sunt, subiacebunt, et postea perpetua maculæ infamiæ notabuntur, etc.

enthält aber den Fall, wenn der Vormund kein Inventarium über das Vermögen seines Pupillen gemacht hat, hier handelt aber der Vormund nicht nachläßig, sondern böslich s).

# Hundert sieben und sechszigste Meditation.

Die Erben des Vormundes sind nicht schuldig dem Pupillen den Schaden zu ersetzen, der ihm durch ein geringes Versehen seines Vormundes ist zugefügt worden.

§. 1.

Ob gleich der Vormund verbunden ist, seinem Pupillen auch den Schaden zu ersetzen, den er ihm durch eine geringe Nachläßigkeit zugefügt hat: so findet doch solches in Absicht der Erben eines Vormundes nicht statt t), denn diese brauchen nur den Schaden zu stehen, der

s) *L. 7. ff. de adm. et peric. tutor.* Tutor qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur etc.

t) *Carpzov* part. 2. const. 11. def. 35. *Struv* ex 31. §. 80. *Boehmer* cons. et resp. Tom. 2. resp. 601. n. 10. *Stryk* U. M. Tit. de fidei. nom. et hered. tut. §. 6. *Cocceii* J. C. Tit. de tut. et rat. distr. qu. 1.

der entweder aus Bosheit, oder grosser Nachlässigkeit verursachet ist. Zwar wollen einige Rechtsgelehrten u) dies nicht zugeben, und die Erben des Vormundes zu eben dem verbinden, wozu der Vormund selbst verbunden war. Aber diese Behauptung stimmet, wie wir gleich zeigen werden, mit den Gesetzen nicht überein.

§. 2. Die *L. 1. C. de haered. tut.* entscheidet jene Frage ganz deutlich: *haeredes tutorum ob negligentiam quae non latae culpae comparari possit, condemnari non oportet: si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratia praestitum sit.*

Aus diesem Gesetz ist es deutlich, daß die Erben des Vormundes, wegen eines Schadens, der nicht einer grossen Nachläßigkeit zugeschrieben werden kann, auch nicht belangt werden können.

Zwar will Cujacius dieses Gesetz, das seiner Meinung so offenbar entgegen steht, für fehlerhaft halten, indem er glaubt, daß die erste Verneinungs-Partikel weggestrichen, und das Gesetz so lauten müsse: *haeredes tutorum ob negligentiam quae latae culpae comparari possit, condemnari non oportet.*

§. 3.

u) *Cuiacius* obs. lib. 13. cap. 39. lib. 21. cap. 2. *Schilter* ex. 37. §. 107. *Mevius* part. 8. dec. 22. *Thomasius* de culpa ab hærede tutor. præst.

§. 3 Allein fürs erste widerspricht diese Erklärung dem Gesetz selbst, denn so heißt die Regel, die Erben des Vormundes sind für ein geringes Versehen nicht einzustehen schuldig; und die Ausnahme ist, falls der Pupill nicht schon gegen den Vormund sollte geklagt haben. Diese Ausnahme würde aber als überflüßig wegfallen. Denn für einen von dem Vormund wegen eines begangnen Betrugs oder grossen Nachläßigkeit entstandenen Schaden, sind die Erben immer zustehen schuldig, der Pupille mag nun entweder wider den Vormund geklagt haben, oder nicht.

Fürs zweyte würde auch daraus folgen, wenn wir jene Verbesserung als richtig annehmen wollten, daß die Erben nicht einmal wegen eines Betrugs oder grossen Nachläßigkeit könnten belanget werden, welches aber offenbar falsch ist und den Gesetzen v) widerspricht.

§. 4. Ferner redet gleichfalls die *L. 4. ff. de mag. conv.* nicht undeutlich für unsere Meinung.

v) *L. 49. ff. de oblig. et act.* Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is apud quem depositum est.
*L. 157. §. 2. ff. de reg. iur.* In contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur, hoc est, unusquisque pro ea parte, qua hæres est.

nung. Es heißt: *non similiter haeredes magistratum, ut ipsi tenentur: nam nec heres tutoris negligentiae nomine tenetur: nam magistratus quidem, in omne periculum succedit, heres ipsius dolo culpae proximae succedaneus est.*

Man macht uns aber hier den Einwurf, daß jenes Gesetz nicht von der Nachläßigkeit des Vormundes, sondern des Erben rede. Aber eines theils muß dieser Einwurf als unbedeutend wegfallen, weil hier Ulpian die Erben der Obrigkeit und der Vormünder mit einander vergleichet, den erstern aber nicht als eine eigne Schuld beygemessen werden kann, wenn die Obrigkeit von dem Vormund nicht sichere Bürgen hat stellen lassen. Andern theils ist ja auch natürlicher Weise jeder eher schuldig, den Schaden zu ersetzen der durch seine eigne als fremde Schuld verursacht worden. Dritten theils widersprechen die Schlußworte jenes Gesetzes: *haeres ipsius dolo culpae proximae succedaneus est*, obigen Einwurf gar zu deutlich, und geben genug zu erkennen, daß hier von dem Versehen des Vormundes selbst die Rede sey.

§. 5. Die übrigen Gründe, welche man uns noch entgegensetzet, lassen sich auch leicht beantworten.

Der erste gegenseitige Grund ist dieser: man sagt, die aus der Vormundschaft entspringende Klage, kann auch wider den Vormund wegen

eines von ihm begangnen geringen Versehens angestellet werden, und da diese Klage auch gegen die Erben des Vormundes statt findet; so folgt auch, daß die Klage, die jemand wider den Vormund-Zustand, in Absicht seiner Erben nicht geändert werden könne w), welches aber dadurch geschehen würde, wenn diese nur für einen Schaden der aus einer großen Nachläßigkeit zugefügt worden, zu stehen schuldig wären.

So wahr aber die Regel ist, daß die Klagen gegen die Erben nicht verändert werden könne, sondern dieselben auf gleiche Weise wie der Verstorbne verbunden bleiben: so leidet doch diese Regel einige Ausnahme, besonders aber alsdenn, wenn von solchen Präsationen die Rede ist, die eigentlich nur auf der Person haften, wie schon im gegenwärtigen Fall aus der Klage die gegen den Magistrat selbst, der den Vormund gesezt hat, und die gegen dessen Erben statt findet, erhellet. Erster muß alle Gefahr stehen, leztere aber nur für ein großes Versehen x).

§. 6. Den zweyten Grund nimt man aus der *L. 4. §. 2. ff. de fid. nom. et haered. tut.* worin

w) *L. 2. §. 2 ff. de verb. oblig.* -- non enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur.

x) *L. 4. ff. de mag. conv. L. 2. C. eod. tit.* in hæredes magistratus cuius non lata culpa idonee pupillo cautum non est, non solet actio dari.

worin es heißt: *negligentia plane propria haeredi non nocet*, woraus man folgern will, daß also ein geringes Versehen des Vormundes dem Erben angerechnet werde. Allein diese Folge ist, wie jeder leicht einsehen wird, falsch. Hier in diesem Gesetz ist, von der eignen Nachläßigkeit des Erben eines Vormundes, zwar die Rede, und die Entscheidung ist diese, daß solche dem Erben nicht zugerechnet werde. Die Frage, in wie weit Erben schuldig sind, für ihr eignes Versehen oder Nachläßigkeit zu stehen? ist noch immer zweifelhafter, als unsere Frage, da es doch gewiß ist, daß einem seine eigne Nachläßigkeit ehender, als die Nachläßigkeit eines andere könne zur Last gelegt werden. Schadet also dem Erben eine geringe Nachläßigkeit nicht, wie viel weniger kann ihm denn die Nachläßigkeit des Vormundes schaden.

---

# Hundert acht und sechszigste Meditation.

Wer eine Frauensperson in der Absicht, um sich mit ihr zu verheirathen, entführt, ist nichts destoweniger mit der auf die Entführung gesetzten Strafe zu belegen.

§. 1.

Die Entführung (raptus) besteht in der Wegführung einer ehrbaren Frauensperson an einen andern Ort, welche wider ihren eignen Willen, oder wider den Willen derjenigen unter deren Gewalt und Aufsicht sie steht, in der Absicht geschieht, um mit derselben Unzucht zu treiben.

Die peinliche Gerichts-Ordnung y) verordnet hievon folgendes: So einer jemanden sein Eheweib, oder eine unverleumdte Jungfrau wider des Ehemanns, oder des ehelichen Vaters Willen, einer unehrlichen Weis entführt, darum mag der Ehemann, oder Vater, unangesehen, ob die Ehefrau oder Jungfrau, ihren Willen dazu giebt, peinlich klagen: und soll der Thäter nach Satzung unser Vorfah-

y) Art. 118.

fahren, und unser Kaiserlichen Rechten, darum gestraft und derhalben bey den Rechtsverständigen Raths gebraucht werden.

§. 2. Nach dem römischen Recht z), worauf sich hier Karl der fünfte beruft, wird dieses Verbrechen mit dem Schwerdt bestraft. Ueberdem fallen so wol die Güter des Entführers, als auch derer die ihm zur Entführung behülflich gewesen sind, der Entführten zu: und die Anverwandten der Entführten, können dem Entführer in flagranti, das ist, wenn er die Entführte noch nicht an den bestimmten Ort gebracht hat, ungestraft umbringen. Auch ist schlechterdings die Ehe zwischen beyden verbothen.

Daß heut zu Tage dieses Verbrechen mit dem Schwerdt bestraft werde, daran ist wohl kein Zweifel. Nur fallen nach der jetzigen Praxis die Güter des Entführers und seiner Gehülfen der Entführten nicht mehr zu a), und nach dem geistlichen Recht b) ist auch die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten erlaubt, wenn letztere nur freywillig und ungezwungen in die Ehe williget.

§. 3. Dieses zum voraus gesetzt, wenden wir uns zu der Frage, ob auch der Entführer als-

z) L. un. C. de rapt. virg.
a) Strube rechtl. Bed. Th. 4. Bed. 79. *de Boehmer* ad art. 118. §. 9.
b) Cap. 7. X, de rapt.

alsdenn mit dem Schwerdt zu bestrafen sey, wenn er die Entführung in der Absicht unternommen hat, um die Entführte zu heirathen? Wir entfernen aber hievon den Fall, wenn die Entführte entweder vor oder nach der Entführung in die Ehe gewilliget hat. Viele Rechtsgelehrte c) wollen auch im obigen Fall die ordentliche Strafe der Entführung gemildert wissen: aber mit Recht haben andere d) dieses verworfen.

§. 4. Sehen wir nur die Verordnung des römischen Rechts an, wie streng solches die Entführung bestraft wissen will: so werden wir auch bald finden, wie wenig diese Strafe dadurch gemildert werden könne, wenn es gleich die Absicht des Entführers gewesen ist, die Entführte zu heirathen.

Wir haben schon oben bemerket, daß es den Anverwandten der Entführten erlaubt sey, den Entführer in flagranti umzubringen, und daß unter beyden keine Ehe statt finde.

Ist dieses aber den Anverwandten erlaubet, so zeigt das auch schon deutlich, daß es bey



c) *Carpzov* lib. 6. tit. 5. resp. 87. n. 13. *Clarus* recept. sent. lib. 5. §. raptus n. 4. in fin. *Philippi* usus pr. Inst. lib. 4. ecl. 90. n. 13. *Stryk* U. M. tit. ad leg. Jul. de adult. coerc. §. 13.

d) *Matthaei* de crimin. lib. 48. tit. 4. n. 6. *Classenius* ad art. 118. n. 6. *Kress* ad art. 118. §. 6. *de Boehmer* ad art. 118. §. 5. *Meister* princ. iur. crim. Sect. 2. part. 2. cap. 30. §. 317.

diesem Verbrechen nicht auf die Absicht des Entführers ankomme, denn sonst müste auch unser Fall davon ausgenommen, und alsdenn wenigstens dieses Recht den Anverwandten untersagt seyn. Das Gesetz aber redet in prae. ganz generell: *Ne igitur sine vindicta talis crescat infamia sancimus per hanc generalem constitutionem, ut hi qui huiusmodi crimen commiserint, et qui eis auxilium invasionis tempore praebuerint, ubi inventi fuerint in ipsa rapina, et adhuc flagranti crimine comprehensi, et a parentibus virginum, vel ingenuarum, vel viduarum, vel quarumlibet foeminarum, aut earum consanguineis, aut a tutoribus vel curatoribus, vel patronis, vel dominis convicti interficiantur.*

§. 5. Das widerspricht auch unserer Meinung gar nicht, wenn das geistliche Recht die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten erlaubt. Denn erstlich ist davon nicht die Rede, wenn die Entführte in die Ehe mit dem Entführer freywillig williget; zweytens untersagt das römische Recht die Ehe zwischen beiden schlechterdings, und da auch noch jetzt, nur mit einiger Abweichung wie wir oben gezeigt haben, wir uns bey Bestrafung dieses Verbrechens nach dem römischen Recht richten, so müssen wir auch da, wo es auf die Milderung der Strafe ankommt, dasselbe befolgen, und keine andere annehmen, als die entweder in dem Gesetz liegen, oder aus demselben folgen.

§. 6.

§. 6. Wäre auch endlich die Entführung auf diese Art erlaubt, oder wenigstens nicht so strafbar: so würde daraus ein nicht minder grosser Schade für den Staat entspringen. Jeder ist schuldig und verbunden nur erlaubte Mittel anzuwenden, um zu seinem Endzweck zu gelangen, das thut aber der Entführer nicht, wenn er diejenige Frauensperson, die er zu heirathen gedenket, wider ihren Willen heimlich entführet, sollte er auch gleich seine fleischlichen Begierden nicht gestillet haben; denn hierauf kommt es nicht an, und es wird bey der Entführung nicht darauf Rücksicht genommen, ob der Entführer mit der Entführten Unzucht getrieben habe, oder nicht e). Hiedurch wird also auch zugleich der gegenseitige Einwurf gehoben, als wenn um deswegen die ordentliche Strafe nicht statt finden könne, weil die Entführte nicht geschändet wäre.

Was man sonst von der Gegenseite noch anzuführen pflegt, daß hier der dolus von Seiten des Entführers fehle, bedeutet nichts, und ist nichts weiter als ein bloßes Vorspiel, denn so bald der Vorsatz da ist, ein Gesetz zu überschreiten, ist auch ein dolus da.



e) *de Boehmer* l. c. §. 6. *Meister* l. c. §. 317.

# Hundert neun und sechszigste Meditation.

Eine Frauensperson, die einen Mannsperson entführt, wird mit der ordentlichen Strafe der Entführung belegt.

## §. 1.

Ob gleich die Fälle, da eine Frauensperson einen Mannsperson entführt, sehr selten seyn mögen: so ist doch nicht zu leugnen, daß solche Fälle möglich seyn können. Wie soll aber alsdenn eine solche Frauensperson bestraft werden?

Verschiedne Rechtsgelehrte f) behaupten, daß alsdenn eine ausserordentliche Strafe eintrete. Sie glauben, daß man hier um deswegen die ordentliche Strafe des Schwerdts nicht erkennen könne, weil theils die *L. un. C. de rapt. virg.* blos von einer Mannsperson rede, und also auch als ein Strafgesetz einschränkend erklärt werden müsse; theils auch auf diesen Fall nicht ausgedehnt werden könne, weil unter den männlichen

f) *Clarus* recept. sent. lib. 5. §. raptus n. 6. *Decian* tr. crim. lib. 8. cap. 7. n. 27. *Bachov* ad Treutl. vol. 2. disp. 32. th. 3. lit. C. *Perez* ad C. Tit. de rapt. virg. n. 12. *Damhouder* pr. crim. cap. 96. n. 18.

lichen Geschlecht, das weibliche nicht mit begriffen sey.

§. 2. Allein, daß wir hier nicht blos bey dem Buchstaben des Gesetzes stehen bleiben dürfen, sondern daß vielmehr unser Fall mit in dem Gesetz enthalten sey, lehrt das Gesetz selbst. Will das Gesetz schon diejenigen Frauenspersonen die mit zu der Entführung behülflich gewesen sind, mit eben der Strafe belegt wissen, mit welcher die Mannspersonen belegt werden: so muß auch um desto eher ein und eben dieselbe Strafe eintreten, wenn eine Frauensperson das Verbrechen selbst begangen hat. Es wird also hier in der That das Gesetz nicht ausgedehnt, denn es bleibt immer eine Entführung mithin einerley Verbrechen, es mag nun entweder eine Frauensperson oder Mannsperson der Entführer seyn.

§. 3. Und eben so wenig kann man auch behaupten, daß immer in den Fällen, wo von dem männlichen Geschlecht die Rede ist, das weibliche nicht mit darunter begriffen seye. Denn in einer solchen Materie die so wol Mannspersonen als Frauenspersonen betrift, kann man keinen Unterschied unter beyden Geschlechtern annehmen, besonders aber wenn man keinen hinlänglichen Grund, warum die Verschiedenheit des Geschlechts auch eine verschiedne Strafe nach sich ziehen sollte, anführen kann. Man sagt zwar, daß bey Mannspersonen die Keusch-

heit nicht so sehr brauchte beobachtet zu werden, und der Verlust derselben nicht von so großen Folgen sey. Allein dieses ist in der That lächerlich, und bedarf keiner Widerlegung. Denn verdient wol eine Frauensperson die zu den niederträchtigsten Mitteln, ihre unkeuschen Begierden zu stillen, ihre Zuflucht nimt, eine geringere Strafe? und macht sie nicht immer eine Mannsperson auf alle Fälle unglücklich, die sie entführt hat g)?

# Hundert und siebenzigste Meditation.

## Kinder können der elterlichen Erbschaft nicht für verlustig erkannt werden, wenn sie gegen ihre Eltern sich einer Enterbungs-Ursach schuldig gemacht, diese aber sie nicht enterbt haben.

§. 1.

Es will **Mevius** in seinen Decisionen h) behaupten, daß die Obrigkeit das Recht habe,

g) *Theodorici* colleg. crim. pr. cap. 6. §. 8. n. 23. *Matthaei* de crim. lib. 48. tit. 4. n. 2. *Stryk* U. M. Tit. ad leg. Jul. de adult. §. 31. *Kress* ad art. 118. §. 9. *Classenius* ad eund. art. p. 367. *de Boehmer* ad eund. art. §. 4. *Meister* pr. iurispr. crim. Sect. 2. part. 2. cap. 30. §. 320.

h) Part. 4. dec. 184. 185. part. 5. dec. 152. 153. *Struv* ad Matthaei tr. success. cap. 5. §. 31.

be, Kinder ihres Erbtheils für verlustig zu erkennen, wenn sie z. B. in dem von ihm angeführten Fall, ihre Eltern gröblich injuriiret hätten, und daß alsdenn ihr Erbtheil ihnen von dem Fiskus als unwürdigen genommen würde, wenn gleich ihre Eltern sie deswegen nicht enterbet hätten, sondern ohne Testament verstorben wären.

§. 2. Die Gründe, aus welchen er seine Meinung behauptet, bestehen darin, weil so wohl der Obrigkeit frey stehe, ohne irgend eine Veranlassung, Verbrechen zu untersuchen und zu bestrafen; als auch die Vergebung des Vaters der ihm zugefügten Injurien, nicht die Wirkung haben könne, daß auch deswegen die Obrigkeit solche zu bestrafen nicht befugt sey. So dann sey in der *L. 9. pr. et §. 1. ff. de his quae ut indign.* deutlich versehen, daß, wenn zwischen dem Vermächtnisnehmer und Erblasser Tod Feindschaften entstanden, oder jener diesem gröblich injuriiret, derselbe das Vermächtnis verliehre.

§. 3. Es ist zwar wahr, daß Kinder wenn sie ihre Eltern injuriiren nachdrücklich gestraft zu werden verdienen, und daß, wenn Eltern ihnen gleich vergeben haben, dennoch der Obrigkeit unbenommen sey, sie desfalls zu bestrafen. Aber daraus folgt noch nicht, daß Kinder deswegen ihres Erbtheils für verlustig erkannt werden können, da überhaupt nie der Verlust eines Erbrechts erkannt werden kann, als wo die Ge-

setze solchen auf eine Handlung gesetzt haben. An einer solchen Verordnung fehlt es uns aber, und kann solche auch nicht aus der angeführten *L. 9. pr. et §. 1. ff de his. quae ut indig.* erwiesen werden. Dieses Gesetz redet blos von einem Vermächtnisnehmer; zwischen dem Verlust eines Vermächtnisses aber und einer Erbschaft ist immer noch ein grosser Unterschied i), und läßt sich von einem nicht auf das andere schliessen.

Wir glauben daher auch, daß da es hier an einem Gesetz fehlet, man auch jene Meinung des **Mevius** nicht befolgen könne und dürfe k).

## Hundert ein und siebenzigste Meditation.

Wenn jemand sich einer ihm zugefallenen Erbschaft oder Vermächtnisses unwürdig gemacht hat, so fällt dessen Theil auch heut zu Tage dem Fiskus zu.

§. 1.

In dem römischen Recht l) sind die Ursachen genau bestimmet, aus welchen sich einer der

i) L. 22 ff. de adim. vel transf. leg.

k) *Stryk* de success. ab J. diss. 12. cap. 2. §. 34. *Horn* cons. et resp. cl. 8. resp. 28. n. 3. *Hopp* ad §. 5. J. de exh. lib.

l) Tot. tit. ff. et C. de his quæ ut indign.

der ihm zugefallenen Erbschaft oder hinterlassenen Vermächtnisses unwürdig machen kann, und verordnet, daß in diesem Fall alles dasjenige, was einem solchen Unwürdigen hinterlassen worden, dem Fiskus zufallen solle m). Ob nun auch heute zu Tage dem Fiskus eben dieses Recht zustehe, mithin derselbe befugt sey, gegen einen solchen Unwürdigen auf die Herausgabe der ihm zugefallenen Erbschaft oder Vermächtnisses zu klagen, darüber wird gestritten.

§. 2. Viele Rechtsgelehrte n) halten dafür, daß in dem Fall, wenn einer sich der Erbschaft oder des Vermächtnisses unwürdig gemacht habe, solches heut zu Tage dem Fiskus nicht zufalle, sondern in der Erbschaft bleibe. Den Grund dieser ihrer Behauptung suchen sie in der Nov. 134. Kap. 13. und der Auth. *bona damnatorum C. de bon. proscript. seu damnat.* zu finden, in welchen die Konfiscation der Güter, der zum Tode verdammten Uebelthäter, welche nach dem ältern Recht dem Fiskus zufielen, aufgehoben, und verordnet ist, daß die nächsten Erben des Uebelthäters auch seine Güter ererben sollten.

§. 3.

m) L. 1. pr. ff. de iur. fisci.

n) *Gronewegen* ad tit. C. de his quae ut indign. *Leeuven* censur forens. part. 1. lib. 3. cap. 4. n. 52. *Beyer* delin. iur. civ. sec. ord. ff. tit. de his quae ut indig. pos. 17. et tit. si quis aliquem test. proh. pos. 20. *Hommel* Rhaps. obs. 640.

§. 3. Ein jeder wird bald ohne unsere Erinnerung, die Schwäche jenes Arguments einsehen. Denn wie kann man wohl von jenem Fall, der von der Konfiscation der Güter eines Verbrechers redet, auf unsern schliessen, und wie kann man wol behaupten, daß da jene aufgehoben ist, auch hier ein gleiches geschehen, und also der Fiskus keinen Anspruch auf die einem Unwürdigen zugefallenen Erbschaft oder Vermächtnis machen könne. Wir reden hier ja überhaupt nicht von der Güter-Konfiscation eines solchen der sich des Erbrechts unwürdig gemacht hat, sondern nur davon, wem dessen Erbtheil, da ihm die Gesetze desselben für verlustig erkannt haben, zufalle. Und da sehen wir keinen Grund vor uns, nach welchen man dem Fiskus dies Recht absprechen könne. Wir haben einmal das römische Recht angenommen, die darin enthaltene Lehren von dem Recht des Fiskus sind auch noch bey uns im Gebrauch. Ja Kaiser **Friedrich** der erste hat selbst *2. feud.* 56. jene Verordnung des römischen Rechts ausdrücklich wiederhohlt, und gleichfalls solche Güter dem Fiskus zugesprochen. Wir dürfen hier dieses Gesetz des **Kaisers Friedrichs** nicht blos auf die Lombarden einschränken, denn da in jenem Titel zugleich diejenige Stücke, die zum Regal gerechnet werden, abgegeben worden, welche Bestimmungen in ganz Deutschland angenommen sind: so können wir auch jenen Theil, nämlich die einen Unwürdigen hinterlassene

Erbschaft oder Vermächtnis betreffend, nicht davon ausnehmen o)

# Hundert zwey und siebenzigste Meditation.

Ein Erbe, wird heut zu Tage der Erbschaft nicht verlustig, wenn er sich weigert des Entleibten Tod zu vindiciren.

§. 1.

Nach dem römischen Recht wurde derjenige, der den Tod des ermordeten Erblassers, ungerochen ließ, der Erbschaft verlustig, und der Fiskus war berechtiget, solche zu sich zu nehmen p). Es giebt zwar Rechtsgelehrte q) die behaupten, daß auch jene Verordnung heut zu Tage noch statt finde; aber hingegen auch andere r) die diesem widersprechen.

§. 2.

o) *Schilter* ex 38. §. 182. *Mevius* p. 5. dec. 153. *Stryk* U. M. Tit. de his quae ut indig. §. 1. *Wernher* p. 8. obs. 36.

p) L. 17 et 21 ff. de his quae ut indign.

q) *Heigius* quaest. iur. civ. et Sax. part. 2. qu. 34. n. 10. *Theodorici* colleg. crim. cap. 5. §. 5. n. 5. *Lynker* de bonis ereptitiis §. 22.

r) *Carpzov* pr. rer. crim. qu. 34. n. 72. et part. 4. const. 11. def. 10. *Schilter* ex 38. §. 180. *Struv* ex 34. §. 50. *Stryk* U. M. Tit. de Scto. Silan. §. 1. *Wernher* part. 1. obs. 155.

§. 2. Niemand wird überhaupt wol in Zweifel ziehen, daß der Silanianische Rathschluß, worin unter andern auch mit verordnet war, daß der Erbe bey Verlust der Erbschaft gehalten seyn sollte, den Tod des Erblassers, wenn er umgebracht war, zu rächen, — bey uns gar nicht angenommen sey. Der Grund dieser Verordnung lag hauptsächlich darin, damit der Tod des Erblassers, durch Unterlassung der Anklage des Erbens, nicht ungerochen bliebe, da der Richter nicht anders als nach vorhergehender Anklage gegen den Verbrecher verfahren konnte. Dieser Grund aber fällt heut zu Tage so wie also auch jene Verordnung völlig weg, da ein jeder Richter von selbst verbunden ist, Verbrechen zu untersuchen.

§. 3. Wollte man behaupten, daß die auf die Unterlassung der Anklage eines Getödteten gesetzte Strafe, noch heut zu Tage statt finde: so muß man auch zugeben, daß der Richter den Erben anhalten könne, wider den Mörder zu klagen. Dies aber widerspricht der P. G. O. s), worin ausdrücklich verordnet ist, daß niemand, zu klagen, genöthiget werden solle, wenn es heißt: Und wo der Beschädigte nicht peinlich klagen wollt, so soll dennoch die Obrigkeit den Thäter nicht desto weniger von Amtswegen rechtfertigen, und nach Gelegenheit der Person und Ueberführung strafen lassen.



s) Art. 214.

§. 4. So würde es sich also verhalten, wenn es bekannt ist, daß der Erblasser umgebracht sey. Aber wie, wenn es nicht bekannt ist, daß er umgebracht sey? Hier sind die Erben allerdings schuldig, solches der Obrigkeit anzuzeigen; unterlassen sie das, suchen sie vielmehr solches zu verbergen: so ist es auch nicht unbillig, daß sie zur Strafe ihre Erbschaft verliehren, da sie dadurch sich einer grossen Undankbarkeit gegen den Erblasser zu Schulden kommen lassen t).

---

# Hundert drey und siebenzigste Meditation.

Die Erben sind nicht schuldig, die auf die Untersuchung gegangne Kosten aus des Entleibten Erbschaft zu erstatten.

§. 1.

Es entstand zwischen den Erben eines Entleibten und dem Fiskal, welcher von erstern, die auf die deshalb angestellte Untersuchung, verwendete Kosten forderte, ein Prozes, da sich die Erben dazu nicht verstehen wollten.

Der

t) *J. H. Boehmer* in diss. de expensis criminalibus cap. 2. §. 3.

Der Fiskal berief sich auf die Meinung und Aussprüche der Rechtsgelehrten u), die behaupteten, daß die Erben zu Erstattung der Kosten verbunden wären, wenn sie eine reiche Erbschaft erhalten hätten, und diese Meinung glaubte er auch mehr der Billigkeit gemäs zu seyn.

§. 2. Allein weit gegründeter scheinet uns hier die entgegengesetzte Meinung zu seyn, der gleichfalls viele Rechtsgelehrte v) beypflichten.

Eine jede Obrigkeit ist, wie wir in der vorhergehenden Meditation gezeigt haben, von selbst verpflichtet gegen Verbrecher zu inquiriren, auch sind die Erben, wie wir gleichfalls erwiesen haben, nicht verbunden, den Tod des entleibten Erblassers zu vindiciren. Ist aber das wahr, so ist auch gar kein rechtlicher Grund vorhanden, aus welchem man den Erben die Erstattung der Kosten aufbürden könnte.

§. 3. Man kann hier auch nicht sagen, daß die Obrigkeit in einem solchen Fall als ein negotiorum gestor der Erben anzusehen sey. Denn

u) *Carpzov* pr. crim. qu. 34. n. 90. et part. 4. conſt. 11. def. 11. *Kaiſer* pr. crim. part. 1. cap. 4. §. 18. *Schilter* ex 38. §. 180. *Struv* ex 34. §. 50.

v) *Wernher* part. 1. obſ. 156. *de Boehmer* ad Carpz. obſ. 8. et ad art. 204. §. 9. in fin. *J. H. Boehmer* de expenſis crim. cap. 2. §. 2. *Heisler* de expenſis crim. §. 19.

Denn theils ist die Obrigkeit schon von selbst, vermöge ihres Amts zur Untersuchung verpflichtet; theils führet sie hier auch nicht die Geschäfte der Erben, sondern ihre eigene, und fällt also dadurch der Grund weg, nach welchem derjenige, der sich der Geschäfte eines andern unterzogen, die Vergütung der Kosten wieder fordern kann. Und so führet auch diese Meinung nichts unbilliges mit sich, denn da die Obrigkeit auch den Nutzen zieht, die mit der Verwaltung der Gerichtsbarkeit verbunden ist: so ist es auch nicht unbillig, daß sie auch den Schaden tragen müsse.

§. 4. Aber noch weit besser werden wir unsere Meinung ausser Zweifel setzen, wenn wir nur auf ähnliche Fälle merken wollen, in welchen der Obrigkeit, die Kosten einer peinlichen Untersuchung zu stehen, deutlich auferlegt ist. Wir wollen hier nur das einzige Beyspiel von Diebstahl anführen. **Karl der fünfte** verwirft in sein P. G. O. w) die eingeschlichene Gewohnheit, nach welcher die Obrigkeit die gestohlnen Güter zu sich genommen, und verordnet, daß solche dem Beschädigten sollen wiedergegeben werden x), und zwar ohne irgend einen Abzug der Kosten y). Da hier also dem Bestohl-

w) Art. 218.

x) Art. 207. 208.

y) Art. 213.

stohlnen seine Sachen wieder erstattet werden, und die Obrigkeit allein die Kosten stehen soll; so sehen wir auch in unserm Fall keinen Grund, die Obrigkeit davon frey sprechen zu können, besonders da der Denunciant zur Erstattung der Kosten nicht verpflichtet ist.

---

# Hundert vier und siebenzigste Meditation.

Unter dem Vermächtniß eines Kapitals, sind die davon rückständigen Zinsen nicht mit begriffen.

## §. 1.

Titius hatte in seinem Testament dem Kajus die bey dem Mevius stehende 300 Rthlr. Kapital vermacht. Die Worte des Testaments lauteten so: darneben vermache ich dem Kajus die 300 Rthlr., welche ich aus einer Schuldverschreibung an dem Mevius zu fordern habe, und soll mein Erbe gehalten seyn, diese 300 Rthlr. einzufordern, und dem Kajus auszuzahlen. Von diesem Kapital war der Mevius noch acht jährige Zinsen schuldig, und auf diese machte der Kajus zugleich Ansprüche. Bey dieser Gelegenheit entstand also die Frage; ob der Erbe schuldig sey, nebst dem

dem Kapital auch die Zinsen zu bezahlen? oder ob unter dem Vermächtniß eines Kapitals die davon rückständigen Zinsen nicht mit begriffen wären?

§. 2. Der Vermächtnißnehmer wollte dies daher behaupten, weil eines Theils Zinsen überhaupt als ein Accessorium des Kapitals anzusehen wären, folglich nach der bekannten Rechtsregel *accessorium sequitur suum principale* von dem Kapital nicht getrennet werden könnten; andern Theils müste jeder Wille des Erblassers aufs vollenkommenste erkläret werden z). Zudem würde in den Gesetzen in den mehrsten Fällen die Erklärung gegen den Erben gemacht a), und ein Vermächtniß, wenn über den Sinn desselben ein Zweifel entstehe, müsse zum Besten des Vermächtnißnehmers ausgelegt werden b).

§. 3. Aber alle jene Gründe passen auf gegenwärtigen Fall gar nicht, und sind nur alsdenn anzuwenden, wenn der Wille des Erblassers zweifelhaft ist. Hier aber war es deutlich genug, daß der Erblasser unter jenem Vermächtniß keinesweges die rückständigen Zinsen wollte begriffen haben; so bald aber die Willensmeinung des Erblassers klar ist, findet weiter keine



z) *L. 12. ff. de reg. iur.* In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur.

a) *Leyser* spec. 395. m. 1.

b) L. 13. ff. de reb. dub.

Auslegung statt c). Jene Regel also *accessorium sequitur principale* wurde hier ganz unrichtig angebracht; denn so wahr selbige gleich ist, so leidet sie doch alsdenn Einschränkungen, wenn zwischen dem *accessorium* und dem *principale* nicht ein und eben der Grund eintritt.

Und wenn gleich die Gesetze in den mehrsten Fällen die Erklärung gegen den Erben machen: so ist doch das nur wahr, wenn für den Vermächtnißnehmer Vermuthungen streiten, denn sonst begünstigen die Gesetze eher den Erben als den Vermächtnißnehmer d).

§. 4. Zudem heißt es in der *L. 24. ff. de usu et usufr. et red. leg.* Igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas, velut sortes, in cautionem deduci necesse est, non idem servabitur, nominibus ab herede factis, *tunc enim sortes duntaxat legatario dabuntur:* aut quod propter moram usuras quoque reddi placuit. In Betracht alles dieses wurde daher auch der Vermächtnißnehmer schlechterdings abgewiesen, und nicht unbillig in die Kosten des Prozesses verdammet e).

Hun-

c) *L. 25. §. 1. ff. de leg. 3.* Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio.

d) L. 39. §. 6. ff. de leg. 1. L. 47. de leg. 2. L. 75. de legat. 3.

e) *Lynker* decis. cent. 9. dec. 831. *Hommel* Rhapf. obf. 457.

# Hundert fünf und siebenzigste Meditation.

Das Anwachsungs-Recht (ius accrescendi) findet auch unter den Vermächtnißnehmern statt, die blos durch Worte (verbis coniuncti) mit einander verbunden sind.

§. 1.

Ehe wir die streitige Rechtsfrage, ob unter den durch Worte verbundnen Vermächtnißnehmern auch das Anwachsungs-Recht statt finde? untersuchen, wollen wir zuerst etwas von dem Anwachsungs-Recht voraussetzen.

Das Anwachsungs-Recht ist das Recht, vermöge welches ein Erbe oder Vermächtnißnehmer den Theil des mit ihm verbundnen Erben oder Vermächtnißnehmers alsdenn erhält, wenn dieser die ihm zugefallene Erbschaft entweder nicht annehmen kann oder will. Es findet also dieses Recht so wohl unter Erben als Vermächtnißnehmern statt; jedoch ist unter beyden der Unterschied, daß bey Vermächtnißnehmern immer eine Verbindung (coniunctis) erfordert werde, nicht aber bey Erben; so dann gründet es sich bey leztern auf eine gesetzliche Verordnung, bey erstern aber auf den vermu-

theten Willen des Erblassers, daher auch der Erblasser bey Vermächtnißnehmern das Anwachsungs-Recht verbiethen kann.

§. 2. Wenn das Anwachsungs-Recht eintreten soll, so werden folgende zwey Stücke erfordert, nämlich, daß **erstlich** eine wirkliche Verbindung unter den Vermächtnißnehmern da sey; **zweytens** daß einer von diesen fehle, entweder weil er das Vermächtniß nicht annehmen kann, oder nicht will.

Eine Verbindung ist alsdenn da, wenn vielen ein und eben dieselbe Sache vermacht ist. — Diese Verbindung kann nun auf eine dreyfache Art geschehen, nämlich: wenn entweder vielen ein und eben dieselbe Sache, aber in verschiedenen Sätzen (propositio), vermacht wird, z. B. A. vermache ich mein Haus; B. vermache ich mein Haus, dieses heißt man auf eine **thätige Art** verbunden (re coniuncti) oder wenn mehrern ein und eben dieselbe Sache in einem Satz vermacht ist, aber die Theile hinzugefügt sind: z. B. dem A. und B. vermache ich mein Haus zu gleichen Theilen, diese nennet man durch **Worte verbunden** (verbis coniuncti); oder wenn vielen ein und eben die Sache in einem Satz vermacht ist, aber keine Theile bestimmt sind: z. B. dem A. und B. vermache ich mein Haus, diese heißt man theils **durch Worte**, theils **auf eine thätige Art verbunden** (re et verbis seu mixtim coniuncti.)

§. 3.

§. 3. Wenn nun eine solche Verbindung da ist, und denn einer von den Vermächtnißnehmern fehlet, das ist, wenn er das Vermächtniß entweder nicht annehmen kann, da er z. B. schon zur Zeit des gemachten Testaments, oder doch bey Lebzeiten des Erblassers gestorben, oder nicht annehmen will, z. B. da er das Vermächtniß ausschlägt; so tritt alsdenn das Anwachsungs-Recht ein. Aber dieses Recht ist nicht immer, von einerley Wirkung, sondern richtet sich nach den verschiednen Arten der Verbindungen. Und hier kommt es darauf an, ob entweder eine, oder mehrere Arten der Verbindungen da sind. Ist nun eine Art der Verbindung da, so sind diese Regeln zu bemerken. Bey den auf eine **thätige Art verbundnen** (re coniunctis) fällt des fehlenden Theil auf den andern, auch wider dessen Willen, jedoch ohne die dem fehlenden Vermächtnißnehmer von dem Erblasser aufgelegte Beschwerde, z. B. wenn der Erblasser dem fehlenden auferlegt hätte, von seinem Vermächtniß 100 Rthlr. abzugeben, so ist der mit ihm verbundene dazu nicht gehalten. Bey dem durch **bloße Worte** (verbis) oder **theils durch Worte theils auf eine thätige Art** (re et verbis) **verbundnen** fällt des abgehenden Theil ihnen nicht anders als mit ihrem Willen zu, jedoch sind sie verbunden auch das zu leisten, was dem Fehlenden zu leisten auferlegt ist.

§. 4. Sind mehrere Arten der Verbindungen da, z. B. wenn der Erblasser so ein Vermächtniß gemacht hätte; A. vermache ich mein Haus, B. vermache ich eben das Haus; C. und D. vermache ich eben das Haus zu gleichen Theilen; E. und F. vermache ich eben das Haus; so sind folgende Regeln zu merken. Fällt einer von den durch Worte, oder theils durch Worte theils auf eine thätige Art verbundnen aus, so erhält blos der mit ihm verbundne Vermächtnißnehmer des abgehenden Theil. Fällt einer von dem auf eine thätige Art verbundnen aus, so wächst dessen Theil einem jeden zu, doch werden die durch Worte, oder durch Worte und auf eine thätige Art verbundnen für eine Person gehalten. Wenn also in dem oben gegebnen Beyspiel A. fehlet, so erhält B. einen Drittheil, C. und D. den andern, und E. und F. den dritten Drittheil. Fehlet aber C. oder E so fällt dieser ihr Theil blos auf den mit ihnen verbundnen, also auf D. oder F.

§. 5. Wir haben schon oben behauptet, daß bey den durch bloße Worte verbundnen Vermächtnißnehmern des abgehenden Theil dem andern zufalle f). Um diese unsere Behauptung ausser Zweifel zu setzen, wollen wir zuerst die Gründe die uns zu dieser Meinung bewegen, vor=

f) *Duarenus* de iure accrescendi lib. 1. cap. 10. *Carpzov* part. 3. const. 2. def. 14. 15. *Wernher* Tom. 1. part. 4. in suppl. ad obs. 106.

vortragen; hernach aber auch die uns, von den von unserer Meinung abweichenden Rechtslehrern g) entgegengesetzte Gründe näher prüfen.

Daß unter den durch bloße Worte verbundnen Vermächtnißnehmern eine wahre Verbindung sey, lehret uns die *L. 142. ff. de verb. sig.* worin alle drey Arten der Verbindungen angeführet, und durch Beyspiele erläutert werden.

So bald aber eine wahre Verbindung unter den Vermächtnißnehmern ist, so muß auch das Anwachsungs-Recht bey denselben statt finden, weil dieses die Wirkung einer solchen Verbindung ist.

Hiezu tritt noch die rechtliche Vermuthung, daß der Erblasser indem er zweyen Personen ein und eben dieselbe Sache vermacht hat, solche lieber diesen als seinem Erben gegönnet habe.

§. 6. Aber wir brauchen den Beweis für unsere Meinung nicht so weit herzuholen, da wir in den Gesetzen selbst Fälle finden, die unsere Behauptung ausser Zweifel setzen.

Die *L. 1. §. 11. C. de cad. toll.* verordnet: *ubi autem legatarii vel fideicommissarii duo* S 5 *forte,*

g) *Cuiacius* obs. lib. 24. cap. 34. *Faber* coniect. lib. 6. cap. 1. *Zoesius* ad ff. Tit. de leg. n. 50. *Coccеii* J. C. de iur. accr. qu. 4. *Cocceii* cons. et resp. Tom. 2. resp. 427. n. 24.

*forte, vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit; siquidem hoc coniunctim relinquatur et omnes veniant ad legatum, et pro sua portione quisque hoc habeat. Si vero pars quaedam deficiat, sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere accrescere.* Daß hier in diesen Worten allerdings von den durch Worte verbundnen Vermächtnißnehmern geredet werde, zeigt der vorhergehende Paragraph jenes Gesetzes. In diesem erkläret der Gesetzgeber, was er unter verbundnen Personen verstehe, so: *quia coniuncti quidem propter unitatem sermonis quasi in unum corpus reducti sunt, et partem coniunctorum sibi heredum quasi suam praeoccupant.* Daß dieser Begriff aber auf die durch Worte verbundnen sich passe, ist leicht einzusehen.

§. 7. Noch deutlicher redet die *L. 16. §. 2. ff. de leg.* 1. in welcher ein Beyspiel von zwey durch Worte verbundnen Vermächtnißnehmern angeführet und gesagt wird, daß der eine das ganze Vermächtniß erhalte, wenn der andere fehlte. Es heißt: *Sed et si testator Titio et postumis viriles partes dare voluisset, vel etiam id expressisset totum legatum Titio debetur, non nato postumo.* Man macht uns hier zwar den Einwurf, daß hier nicht von solchen Vermächtnißnehmern die durch blosse Worte, sondern von solchen geredet werde, die theils durch Worte theils auf eine thätige Art verbunden wären, und zwar deswegen, weil in den Anfangswor-

ten jenes Paragraphs: *Si Titio et postumis legatum sit, non nato postumo, totum Titius vindicabit* von der letzten Art der Verbindung die Rede sey.

Aber wie ungegründet jener Einwurf sey, brauchen wir wol nicht zu zeigen. Wir können es zugeben, daß in dem Anfangs-Worten von der Art der Verbindung, die theils durch Worte theils auf eine thätige Art geschieht, die Rede sey; aber folgt denn daraus das, was die Gegner vorgeben? Lehren nicht die Worte *viriles partes* das Gegentheil? und heben die nicht den ganzen gegenseitigen Einwurf.

§. 8. Ein gleiches lehret auch die *L. 89. ff. de leg.* 3. in welcher die durch blosse Worte, denen, die auf eine thätige Art verbunden sind, vorgezogen werden. Dies aber ist gewiß kein geringer Beweis, daß auch unter jenen das Anwachsungs-Recht statt finden müsse. Jenes Gesetz aber lautet so: *Re coniuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis non etiam re Titio et Seio fundum aequis partibus do lego, quoniam semper partes habent legatarii. Praefertur igitur omnimodo caeteris, qui re et verbis coniunctus est. Quod si re tantum coniunctus sit, constat non esse potiorem. Si vero verbis quidem coniunctus sit, re autem non, quaestionis est, an coniunctus potior sit? et magis est, ut et ipse praeferatur.*

§. 9.

§. 9. Die Gegner, welche behaupten, daß unter den durch Worte verbundnen das Anwachsungs-Recht nicht statt finde, sondern daß vielmehr des fehlenden Theil, dem eingesetzten Erben zufalle, gründen sich in einigen Gesetzen, die wir hier also noch zu untersuchen haben. Man beruft sich auf die *L. 1. pr. ff. de usufr. accr.* und *L. 11. ff. eod. tit.* In dem erstern heißt es: *quoties ususfructus legatus est, ita inter fructuarios est ius accrescendi, si coniunctim usufructus sit relictus. Ceterum si separatim unicuique partis rei usufructus sit relictus: sine dubio ius accrescendi cessat.* Und in dem letztern: *cum singulis, ab heredibus singulis, eiusdem rei fructus legatur: fructuarii separati videntur, non minus, quam si aequis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset. Unde fit, ut inter eos ius accrescendi non sit.*

§. 10. Allein wir brauchen nur diese Gesetze etwas näher anzusehen, so werden wir bald finden, daß keinesweges das, was die Gegner behaupten, darin enthalten sey. Denn in der *L. 1. pr. de usufr. accr.* wird ja ausdrücklich gesagt, daß bey dem Vermächtniß des Niesbrauchs das Anwachsungs-Recht statt finden sollte, wenn derselbe *coniunctim* vermacht wäre. So bald aber der Niesbrauch *separatim* vermacht wird, ist keine Verbindung da, und muß also das Anwachsungs-Recht von selbst wegfallen. Die *L. 11. ff. eod. tit.* enthält aber den Fall, da der Niesbrauch jedem nicht von einen, sondern

dern mehrern Erben ist hinterlassen worden. In dem Fall ist also auch keine eigentliche Verbindung da.

§. 11. Ferner bezieht man sich auf die *L. 66. ff. de hered. inst.* worin gesagt wird: *Si ita quis heredes instituerit; Titius heres esto: Caius et Mevius aequis ex partibus heredes santo, quamvis, et, syllaba coniunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars accrescit, sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus; quia non tam coniunxisse, quam celerius dixisse videatur.* So sehr dies Gesetz die gegenseitige Meinung zu begünstigen scheinet, so wenig steht es uns doch in der That entgegen. Die Schlußworte: *quia non tam coniunxisse quam celerius dixisse videatur*, zeigen, daß es in dem angeführten Fall zweifelhaft gewesen, ob der Erblasser beyde, dem **Cajus** und **Mevius** mit einander habe verbinden wollen, oder ob er die Partikel **und** nur gebraucht habe, um sich geschwinder auszudrücken. In diesem zweifelhaften Fall, wurde das leztere vermuthet, weil es hier auf einen Vorzug unter den Erben ankam, und dieser doch auf des **Titius** Seite war, der zum Universal-Erben war eingesezt worden.

§. 12. Die übrigen Einwürfe die man noch aus dem §. 10. *J. de leg.* und der *L. 110. ff. de verb. oblig.* hernimt, sind weniger erheblich. In jener Stelle der Institutionen,

wer-

werden die Arten der Verbindungen angeführt, in welchen das Anwachsungs-Recht statt findet, und da nun daselbst derjenigen Verbindung, die durch blosse Worte geschieht, nicht erwähnt wird, so glaubt man auch, daß eben dadurch das Anwachsungs-Recht dabey nicht eintrete. Aber es war der Zweck gar nicht in jener Stelle jede Arten der Verbindung zu bestimmen, sondern solche nur durch Beyspiele zu erläutern. Beyspiele aber schränken die Regel nicht ein, sondern erklären nur dieselbe, wie aus ähnlichen Stellen deutlich ist h).

Die *L. 110. ff. de verb. obl.* redet aber von der Stipulation; von einem Kontract läßt sich aber keinesweges auf ein Vermächtniß schliessen.

Hundert

h) Pr. J. de serv. rust. et urb. præd.

# Hundert sechs und siebenzigste Meditation.

Die aus dem Näherrecht entspringende Klage geht gegen den dritten Besitzer: und ist der Retrahent nicht schuldig, diejenige Summe zu erlegen, die dieser für die Sache gegeben, sondern diejenige, wofür sie dem ersten Käufer verkauft ist.

§. 1.

Es hatte **Titius** dem **Mevius** seinen Garten für 200 Rthlr. verkauft; lezterer verkauft gleich darauf, ehe die in dem Landes-Gesetz zur Ausübung des Näherrechts bestimmte Zeit verflossen war, gedachten Garten dem **Kajus** für 240 Rthlr. Nach diesem leztern Verkauf verlangte **Sempronius** als nächster Anverwandter des **Titius** das Näherrecht, und war erböthig die Kaufsumme von 200 Rthlr. wieder zubezahlen, wozu sich aber **Kajus** auf keine Weise verstehen wollte.

§. 2. Nun ist es überhaupt wohl keinem Zweifel unterworfen, daß **Mevius** befugt gewesen sey, jenen Garten wieder zu verkaufen, eben so wenig wie das streitig seyn konnte, daß durch einen solchen Verkauf dem **Sempronius**

das

das Näherrecht nicht genommen worden. — Allein Kajus wider welchen Sempronius klagte, setze diesem die exceptio non competentis actionis und implementi non secuti entgegen. Beyde Einreden suchte er dadurch zu begründen, daß er vorgab, die aus dem Näherrecht entspringende Klage, finde als eine persönliche Klage gegen den dritten Besitzer nicht statt; auch sey falls diese Einrede wegfallen solle, der Kläger schuldig, ihm die erlegten 240 Rthlr. wieder zu erstatten, indem es unbillig seyn würde, wenn er auf diese Art Schaden leiden sollte.

§. 3. Diese Einreden sind aber doch nicht von der Beschaffenheit, daß der Beklagte damit durchkommen konnte. Denn, daß die aus dem Näherrecht entspringende Klage, allerdings gegen den dritten Besitzer auch statt finde, besonders wenn, wie hier, das Näherrecht in den Landesgesetzen gegründet ist, behaupten alle Rechtsgelehrte i). Es thut auch nichts, wenn auch die Klage selbst, nur eine persönliche Klage ist, da wir selbst Beyspiele in den Gesetze finden, daß persönliche Klagen auch gegen einen dritten Besitzer gehen, welche alsdenn *actiones in rem scriptae* genannt werden.

§. 4. Ferner konnte auch der Retrahent nicht weiter, als zur Bezahlung der ersten Kaufsumme

i) *Stryk* de succ. ab intest. diss. 6. cap. 4. §. 5. *Wernher* Tom. 1. part. 2. obs. 425. et in suppl. ad eand. observ.

summe von 200 Rthlr. angehalten werden. Denn das Recht, vermöge welches der Retrahent den Kauf wieder aufheben kann, steht ihm aus dem ersten, nicht aus dem zweyten Kauf zu. Dieser muß also auch hier zum Grunde gelegt, und darnach auch die von dem Retrahenten wieder zu bezahlende Kaufsumme bestimmt werden f). Zudem leidet auch der zweyten Käufer gar keinen Schaden, indem er von seinem Verkäufer dasjenige, was er mehr gegeben, wieder fordern, und allenfalls gegen ihn die actio emti venditi anstellen kann.

---

# Hundert sieben und siebenzigste Meditation.

Dingliche Klagen können auch an dem Wohnort des Beklagtens angestellet werden, wenn gleich die Sache, worüber geklagt wird, nicht unter der Gerichtbarkeit der Obrigkeit des Wohnorts liegt.

§. 1.

Titius stellte wider den Mevius wegen eines Gartens, wovon sich ersterer das Eigenthum

f) *Rosenthal* de feudis cap. 9. membr. 2. concl. 94. n. 15. *Reinking* de retractu qu. 6. n. 52. *Berlich* p. 2. concl. 41. n. 24. *Carpzov* part. 2. const. 33. def. 6. n. 2.

thum zuschrieb, die Eigenthums-Klage an. Mevius wollte sich aber aus dem Grund auf die Klage nicht einlassen, weil jener Garte nicht unter der Gerichtbarkeit der Obrigkeit des Wohnorts lag; er setzte daher dem Kläger die exceptio fori incompetentis entgegen, und bat dem Kläger mit seiner Klage, unter Erstattung der Kosten, abzuweisen. Es wurde daher von beyden Seiten über die Statthaftigkeit und Unstatthaftigkeit jener Einrede gestritten; und zulezt Beklagter für schuldig erkannt, sich auf die Klage einzulassen.

§. 2. Ob gleich verschiedne Rechtsgelehrte l) behaupten wollen, daß dingliche Klage nur an dem Ort, wo die Sache liegt, angestellet werden könnten; so haben doch andere Rechtsgelehrte m) mit weit bessern Gründen diesen widersprochen. — Schon die allgemeine in den Gesetzen n) gegründete Regel: *actor sequitur forum rei* bestärkt unsere Meinung. Denn, kann man nicht leugnen, daß der Beklagte unter der Gerichtbarkeit der Obrigkeit des Wohnorts stehe, und ist der Wohnort ein allgemeiner Gerichtsstand, wo alle Klagen angebracht werden kön-

l) *Zanger* de except. part. 2. cap. 1. n. 346. *Richter* dec. 99. n. 181.

m) *Schilter* ex 13. §. 30. *Struv* ex 9. §. 35. *Vinnius* select. iur. qu. lib. 1. cap. 18. *Cocceii* Jus contr. Tit. de iud. qu. 10.

n) L. ult. C. ubi in rem.

können, so muß solches auch von den dinglichen Klagen gelten.

§. 3. Man macht uns zwar hiebey den Einwurf, daß jene Regel nicht so allgemein verstanden werden könne, sondern nothwendig nach der Natur der anzustellenden Klage eingeschränkt, daß also eine dingliche Klage, an den Ort wo die Sache liege, angestellet werden müsse. Und daß jene Regel so zu erklären sey, gebe das von uns angeführte Gesetz deutlich zu erkennen, indem durch den Nachsatz: *sed et in locis in quibus res, propter quas contenditur, constitutae sunt, iubemus in rem actionem adversus possidentem moveri*, deutlich genug angezeigt würde, daß der Ort wo die Sache liege, bey dinglichen Klagen der ordentliche Gerichtsstand sey.

§. 4. Wir brauchen uns bey Widerlegung jenes Einwurfs nicht lange aufzuhalten, da ein jeder leicht die Schwäche desselben einsehen kan. Der blosse Anblick des Gesetzes lehret schon, daß in denselben von zwey verschiednen Gerichtbarkeiten die Rede sey. Denn nachdem die allgemeine Regel festgesetzet ist, daß der Kläger dem Gerichtsstand des Beklagtens folgen müsse, er möge nun entweder eine persönliche oder dingliche Klage wider denselben anstellen, wird diese Regel durch den oben angeführten Nachsatz *sed et in locis* dahin erweitert, oder vielmehr bestimmt, daß solche auch in Absicht der dinglichen Klagen, wenn sie an den Ort wo die Sache liegt angestellt werden, gelten.

§. 5. Wir wollen nun noch, zu mehrer Bestärkung unserer Meinung, die Gesetze kurz zusammen fassen, woraus solche deutlich erwiesen werden kann. Die *L.* 10. und 11. *ff. de rei vindic.* lehren, daß in denselben es der Wahl des Klägers überlassen sey, ob er den Beklagten entweder an dessen Wohnort, oder da wo die Sache liegt, belangen will. Die *L 10.* heißt so: *Si res mobilis petita sit, ubi restitui debeat, scilicet si praesens non sit et non malum est, si bonae fidei possessor sit is, cum quo agitur, aut ibi restitui ubi res sit, aut ubi agitur; sed sumtibus petitoris qui extra cibaria in iter, vel navigationem faciendi sint.* Und die *L.* 11. *Nisi si malit petitor suis impensis et periculo ibi, ubi iudicatur rem restitui; tunc enim de restitutione cum satisdatione cavebitur.*

§. 6. Eben das lehret auch die *L.* 50. *§. fin. ff. de iud.* worin es ausdrücklich heißt: daß ein Fideicommissarius auch an dem Ort wo der Erbe wohnt, das Fideicommis von demselben fordern könne: *Sed et rescriptum est, ut illic fideicommissum petatur, ubi domicilium heres habet. Quoties autem quis coepit fideicommissum solvere, non potest hac praescriptione uti.*

Wir tragen Bedenken unsere Meinung noch weiter auszuführen, da wir genug solche schon durch das Vorhergehende erwiesen haben. Es bleibt uns also nichts mehr übrig, als noch die gegen-

gegenseitigen Gründe kennen zu lernen, und die daraus entstehende Zweifel zu beantworten.

§ 7. Man sezet uns nämlich das *Cap. 3. X. de for. comp.* entgegen, worin folgendes enthalten: *Sane si episcopi, inter quos causa versatur, sint diversarum provinciarum: ille Primas det iudices, in cuius provincia est locus, de quo contenditur.* Da hier in diesem Kapitel gesagt wird, daß an dem Ort wo die Sache liege, der über die Sache entstandne Streit ausgemacht werden sollte, so will man aus dem Grund auch behaupten, daß dingliche Klagen, blos an den Ort wo die Sache liegt, angebracht werden müsten. — Aber das folgt daraus nicht. Die Veranlassung zu der in gegenwärtigen Kapitel enthaltnen Entscheidung war diese: Es hatte jemand den Besitzer eines Grundstücks sowol an den Ort wo die Sache lag, als dem Wohnort belanget, und da entstand die Frage, welcher Ort von beyden vorgezogen werden müste? und diese wurde dahin entschieden, daß am erstern die Streitigkeit ausgemacht werden sollte. Wie kann man also wol daraus behaupten, daß allein der Ort, wo die Sache liege, das ordentliche Gericht bey dinglichen Klagen sey?

§. 8. Eben so wenig enthält auch die *L. 38. ff. de iud.* etwas zum gegenseitigen Vortheil. Die Stelle worauf man sich bezieht ist diese: *Si autem per in rem actio legatum petatur, etiam ibi peti debet, ubi res est.* Aber wo wird

denn in dieser Stelle der Wohnort als ein inkompentes Gericht bey dinglichen Klagen verworfen? Zeigt nicht vielmehr die Partikel *etiam* an, daß ausser dem Ort wo die Sache liegt, noch ein ander Ort da sey, wo man klagen könne?

Und wenn man uns schließlich noch einwirft, daß doch der Richter des Wohnorts, seinen Spruch nicht zur Wirksamkeit bringen könne, da die Sache nicht unter seiner Gerichtbarkeit liege: so gehöret das zu unserer Frage nicht. Freylich wird der Kläger immer besser handeln, wenn er mit Uebergehung des Wohnorts des Beklagten, gleich an den Richter des Orts, wo die Sache lieget, sich wendet, weil er alsdenn nicht zu befürchten hat, daß er durch verzögerliche Einreden hingehalten, und dadurch in mehrere Kosten gestürzet werde.

# Hundert acht und siebenzigste Meditation.

Die Erbschafts-Klage (hereditatis petitio) wird in 30 Jahren verjährt, wenn selbige gleich von Kindern angestellet wird.

§. 1.

Es ist unter den Rechtsgelehrten streitig, in wie langer Zeit die Erbschafts-Klage verjäh-

jähret werde, wenn solche von Kindern angestellet wird, um zu ihrer elterlichen oder großelterlichen Erbschaft zu gelangen. Viele Rechtsgelehrte o) glauben, daß alsdenn eine 90 jährige Verjährung eintrete. Nach dieser Meinung wird auch, nach dem Zeugnis Cramers am Kammergericht gesprochen. Andere Rechtsgelehrte p) aber wollen auch hier keine andere als 30 jährige Verjährung gelten lassen.

§. 2. Diese Meinung wird auch durch klare Gesetze unterstützet.

Es verordnet nämlich die *L. 7. C. de pet. hered.*, daß die Erbschafts-Klage nicht in 10. oder 20 Jahren verjähret werden könne, weil sie eine actio mixta, das ist, theils dingliche theils persönliche Klage sey.

Das Gesetz selbst heißt so: *Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro pos-*



o) *Wesenbeck* conf. vol. I. conf. II. n. 44. *Carpzov* p. 3. conft. 14. def. 30. *Philippi* Uf. Pr. Inft. lib. 3. ecl. 34. *Struv* ex 10. §. 68. *Lynker* cent. I. dec. 72. *Cramer* obferv. iur. obf. 327. und in Wezl. Beyträgen Th. I. Nr. 9.

p) *Stryk* U. M. Tit. de hered. pet. §. f. et Tit. de adquir. vel om. hered. §. 3. et in tract. de Succeff. ab Int. diff. 9. cap. 2. §. 39. *Cocceji* J. C. Tit. de hered. pet. qu. 22. *Wernher* Tom. I. part. I. obf. 55. et 310. *Ludovici* de præfcriptione nonagenaria. *Crell* de præfcr. heredit. paternæ.

*possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri, nemini incognitum est, cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat.*

Da nun die actiones mixtae in 30 Jahren verjähret werden q); so ist auch kein rechtlicher Grund vorhanden, warum man von dieser Regel abgehen, und alsdenn eine Ausnahme davon machen soll, wenn jene Klagen von Kindern angestellet wird.

§. 3. Der Grund welcher zu der gegenseitigen Meinung Anlaß gegeben hat, liegt in der von dem Prätor eingeführten bonorum possessio. Nach dieser konnten nämlich Kinder auf eine dreyfache Art zu der elterlichen Erbschaft kommen, nämlich als **Kinder**, als **Agnaten**, als **Kognaten**. Als Kinder musten sie in einem Jahr, als Agnaten und Kognaten aber in hundert Tagen darum nachsuchen r). Daraus hat man nun herleiten wollen, daß bey Kindern eine dreyfache Zeit in Betrachtung kommen müsse; denn so hätten sie als **Kinder** zur Anstellung der Erbschafts-Klage 30 Jahr, als **Agnaten** wieder 30 Jahr, und als **Kognaten** abermals 30 Jahr, mithin 30 Jahr Zeit.

§. 4. Wie unrichtig man aber von jener prätorischen Succeßion, auf die Erbschafts-Klage

q) L. 3. C. de præscr. 30. vel 40. annor.
r) §. 4. in fin. J. de bonor. poss.

Klage schliesse, ist bald einzusehen. Man schließt von ganz verschiednen Dingen auf ganz verschiedne Dinge, von einer kürzern Zeit auf eine längere. Jene in dem Edikt des Prätors bestimmte Zeit, begrif nur ein Jahr oder hundert Tage in sich; wie kann man aber aus einem Jahr, 30 Jahr, und eben so aus jeden hundert Tagen 60 Jahr machen? Dort schränkt der Prätor die Zeit ein, hier will man sie erweitern.

§. 5. Aber auch nicht blos dies allein ist schon hinreichend, das ungereimte jener Meinung einzusehen; nein, sie ist selbst den Gesetzen zuwider, und sich selbst widersprechend. **Justinian** hat schon längst den Unterschied unter Agnaten und Kognaten aufgehoben s) und eine ganz neue Ordnung der Erbfolge eingeführt, nach welcher zuerst die Descendenten, hernach die Ascendenten, und denn die Seitenverwandte succediren. Kann aber denn wohl ein Kind des Erblassers zugleich dessen Kind, Vater und Seitenverwandter seyn? Ist das nicht ein offenbarer Widerspruch? Und wenn man die gegenseitige Meinung als richtig gelten lassen wollte, kann man denn nicht eben so gut behaupten, daß die Erbschafts-Klage, wenn sie von einem Verwandten angestellet wird, in 60 Jahren verjähret werde. Dieser hat ja auch nach dem Edikt des Prätors als Agnat 100 Tage, und als Kognat wieder 100 Tage Zeit, die bonorum



s) Nov. 118. cap. 4.

possessio nachzusuchen, und aus welchem Grund kann man denn nicht eben so gut bey diesen, als bey den Kindern jede 100 Tage in 30 Jahre verändern, und so 60 Jahre heraus bringen. Da also die gegenseitige Meinung in keinen Gesetzen gegründet und widersprechend ist, so verdient selbige auch auf keine Art Beyfall.

---

# Hundert neun und siebenzigste Meditation.

Die condictio furtiva findet gegen die Erben des Diebes aufs Ganze (in solidum) statt.

§. 1.

Die condictio furtiva ist diejenige Klage, vermöge welcher man die gestohlne Sache, oder wenn solche nicht mehr da ist, den Werth derselben, von dem Dieb oder dessen Erben zurückfordert.

Diese condictio unterscheidet sich darin von der actio furti. Die condictio furtiva ist eine actio rei persecutoria, die actio furti aber poenalis; erstere kann nur der wahre Herr der gestohlnen Sache, leztere aber jeder ander, der durch den Diebstahl gelitten hat, anstellen; die condictio furtiva geht gegen die Erben des Diebs, aber nicht die actio furti.

§. 2.

§. 2. Wie aber wenn gegen die Erben des Diebs geklagt wird, kann man sie alsdenn aufs Ganze, oder nur auf so viel, als sie erhalten, belangen? Wir behaupten das erstere t), die Gründe, die wir für uns haben, werden auch hoffentlich einen jeden von der Richtigkeit unserer Meinung überzeugen. Wir brauchen uns hier nur blos auf die *L. 9. ff. de cond. furt.* zu berufen, in welcher ausdrücklich gesagt wird, daß die Erben des Diebs aufs Ganze verpflichtet wären. Es heißt: *in condictione ex causa furtiva non pro parte, quae pervenit, sed in solidum tenemur, dum soli heredes sumus, pro parte autem heres, pro ea parte, pro qua heres est tenetur.*

In diesem Gesetz werden zwey Fälle entschieden, nämlich: daß überhaupt die Erben des Diebs aufs Ganze verbunden sind, jeder Erbe aber nur in so weit, so viel auf ihn gekommen ist.

§. 3. Gegen dieses so klare Gesetz, macht man uns den Einwurf. Man sagt, ob es gleich wahr ist, daß die condictio furtiva gegen die Erben geht, so könnten sie doch nicht anders, als in diesen beyden Fällen, aufs Ganze belanget werden, wenn nämlich entweder schon gegen den Dieb selbst geklagt worden, derselbe sich auch

t) Dieser Meinung sind: *Struv* ex 18. §. 54. *Schilter* ex 19. §. 74. *Cocceii* J. C. Lit. de cond. furt. qu. 6.

auch auf die Klage eingelassen habe; oder wenn schon durch Urthel und Recht der Dieb zur Wiedererstattung wäre verdammt worden. — Aber wer wird jene Ausnahmen in dem Gesetz finden können, nicht einmal findet man in demselben die geringste Spur davon; und das überhebt uns auch der Mühe auf jenen Einwurf zu antworten. Wäre überhaupt jener Einwurf gegründet, so würde in diesem Fall der Unterschied zwischen der condictio furtiva und actio furti aufhören, da leztere auch gegen die Erben statt findet, wenn der Dieb sich auf die Klage schon eingelasseu hat u).

§. 4. Die Gründe die man uns von der Gegenseite v) entgegensetzet, wollen wir nun noch mit wenigen untersuchen: Es giebt einige Gesetze, die zwar die gegenseitige Meinung zu begünstigen scheinen; aber es wird uns nicht schwer werden, bey jedem zu zeigen, daß selbige ganz unrichtig auf unsern Fall angewendet werden.

Wenn in der *L. 9. §. fin.* und *L. 10. ff. de tutel. et rat. distr.* gesagt wird: *Ceterae actiones praeter tutelae, adversus tutorem competunt, etsi adhuc tutelam administrat veluti furti,*

u) *L. 58 ff. de oblig. et act.* Sciendum est ex omnibus causis lites contestatas, et in heredem similesque personas transire.

v) *Cuiacius* lib. 7. obs. 37. *Boehmer* intr. in ius dig. Tit. de cond. furt. §. 4.

*furti, damni, iniuriae, condictio* — *Sed non dantur pupillo, dum tutor tutelam gerit, quamvis enim morte tutoris intereant: tamen pupillus cum herede eius actionem habet, quia sibi solvere debuit.* Da in diesem Gesetz einiger Klagen Erwähnung geschieht, die dem Pupillen gegen den Vormund zu stehen, und nachher hinzugesetzt wird, daß jene Klagen mit dem Tode des Vormundes aufhörten; so hat man auch solches auf die condictio furtiva um deswegen ziehen wollen, weil von der condictio gleichfalls mit geredet würde. Aber es würde in der That widersprechend seyn, jene Worte des Gesetzes *quamvis morte tutoris intereant* so allgemein zu verstehen. Denn wer wird wol, ohne offenbar gegen die Gesetze zu reden, behaupten können, daß die condictio furtiva nicht wider die Erben gehe w). Wir können also jene angeführten Worte nicht anders, als von der actio furti, damni, iniuriae, verstehen.

§. 5. Eben so wenig entscheidet auch die *L.* 3. §. 12. *ff. de pec.* etwas zu gegenseitigem Vortheil. Der blosse Anblick des Gesetzes lehret, daß darin nicht von der condictio furtiva, sondern von der actio de peculio geredet werde, welche letztere Klage nur so weit geht als sich das peculium erstreckt. Wir brauchen um dieses zu erweisen, nur das Gesetz selbst hier einzurücken. *Ex furtiva causa filio quidem familias con-*

w) L. 9 ff. de cond. furt.

*condici posse constat: an vero in patrem vel dominum de peculio danda est, quaeritur, et est verius in quantum locupletior dominus factus esset ex furto facto actionem de peculio dandam, quia iniquissimum esset ex furto servi dominum locupletari impune; nam et circa rerum amotarum actionem filiaefamilias nomine in id, quod ad patrem pervenit, competit actio de peculio.*

§. 6. Es ist bekannt, daß die Gesetze die condictio furtiva mit der actio rerum amotarum vergleichen x). Weil nun letztere Klage gegen die Erben der Frau nicht aufs Ganze statt findet y): so hat man hievon einen Schluß auf die

x) L. 6. §. 4. L. 21. §. 5. L. 26 ff. de furt. act. rer. am.

y) *L. 3. §. f. ff. de act. rer. am.* Si filiafamilias res amoverit, Mela, Fulcinius aiunt, de peculio dandam actionem, quia displicuit eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem. Sed si pater adiuncta filia de dote agat, non ei aliter dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum iudicio in solidum, et cum satis datione defendat. Sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere, Proculus ait, nisi quatenus ex ea re pater locupletior factus.

*L. fin. C. de rer. amot.* De rebus, quas divortii causa, quondam uxorem tuam abstulisse proponis, rerum amotarum actione contra successores eius non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit: quod si res extent dominii vindicatione uti non prohiberis.

die condictio furtiva gemacht, und von dieser solches eben so behauptet. — Allein wenn gleich die Gesetze beyde Klagen mit einander vergleichen, so kann man doch nicht so gleich behaupten, daß sie in allen Stücken einander gleich sind. Denn daß die actio rerum amotarum nicht gegen die Erben auf das Ganze geht, rühret daher, weil dieses eine actio praetoria poenalis ist z), die nur gegen die Erben, in so weit solche reicher geworden, statt findet a).

Die übrigen Einwürfe, die weniger wichtig sind, übergehen wir, da schon durch das, was wir gesagt haben, unsere Meinung hinlänglich begründet ist.

---

Hundert

z) L. 2. C. de rer. am.

a) L. 9. §. 8. et L. 11. ff. de reb. auct. iud. poss.

# Hundert und achtzigste Meditation.

## Die aus dem Wiederkauf entspringende Klage, geht nicht gegen den dritten Besitzer.

§. 1.

Daß der Käufer befugt sey, die ihm wiederkäuflich verkaufte Sache, an einen andern zu verkaufen, leidet keinen Zweifel; ob aber nicht, ohngeachtet eines solchen Verkaufs der erste Verkäufer berechtiget sey, gegen den dritten Besitzer auf die Zurückgabe der Sache zu klagen? ist unter den Rechtsgelehrten b) nicht ausgemacht. Folgender Fall verursachte eine nähere Untersuchung jener Frage: **Titius** hatte seinen Garten dem **Mevius** auf sechs Jahr wiederkäuflich verkauft. Dieser aber verkaufte bald darauf jenen Garten an den **Kajus**. Nach verflossenen sechs Jahren verlangte der **Titius** den Garten, vermöge des eingegangnen Vertrags, wieder und klagte deshalb gegen den **Kajus**

b) **Es behaupten solches:** *Covarruvias* var. res. lib. 3. cap. 8. n. 3. *Card. Tusch* concl. pract. Tom. 6. lit. P. concl. 25. n. 8. **Hingegen verneinen es:** *Carpzov* p. 2. const. 1. def. 16. *Gail* lib. 2. obs. 16. *Struv* ex 23. Th. 43. *Wernher* part. 4. obs. 130. part. 9. obs. 24.

Kajus als Besitzer desselben. Dieser wollte sich aber schlechterdings auf die Klage nicht einlassen, sondern setzte derselben die exceptio non competentis actionis entgegen.

§. 2. Durch die Vergleichung beyderseitiger Gründe, werden wir finden, daß der Titius hier ohne allen Grund gegen den Kajus geklagt habe, daß er folglich auch mit seiner Klage habe müssen abgewiesen werden. Durch den Verkauf hatte sich einmal der Verkäufer seines Eigenthums auf den Garten begeben, mithin konnte er auch nicht als Eigenthümer die aus dem Eigenthum entstehende Klage anstellen. Der eingegangne Wiederkauf berechtigte ihm auch nicht dazu, gegen den dritten Besitzer zu klagen, weil aus diesem Vertrag keine dingliche sondern persönliche Klage entspringet c) die bekanntlich gegen einen dritten Besitzer nicht statt findet.

§. 3.

c) *L. 2. C. de pact. inter emt. et vent.* Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut sive ipsi, sive heredes eorum emtori pretium quandocunque, vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teque parato satisfacere conditioni dictae heres emtoris non paret: ut contractus fides servetur, *actio praescriptis verbis* vel ex *vendito* tibi dabitur, habita ratione eorum, quae post oblatam ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad adversarium pervenerunt. *Confer. L. 6. C. de rer. perm.*

§. 3. Diesem allen stehen nicht die Gründe, die von Seiten des Klägers zur Begründung seiner Klage vorgebracht wurden, entgegen. Die Gesetze d), die desfalls von ihm angeführet wurden, entscheiden gegenwärtige Frage nicht, und können auch nicht darauf angewendet werden. Die *L.* 13. *ff. de pign. act.* und *L.* 10 §. 1. *ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* sagen zwar, daß nach bezahlter Schuld der Pfandgläubiger das Pfand von jedem Besitzer zurückfordern könne; aber in beyden in jenen Gesetzen angeführten Fällen, hatte der Pfandgläubiger nicht die ganze Sache, sondern nur das ihm darauf zustehende Pfandrecht verkauft. Denn daß der Pfandgläubiger nicht befugt sey, die Sache selbst zu verkaufen, ist aus den Gesetzen e) selbst klar, da der Pfandgläubiger durch den Pfandkontract kein Eigenthum, auf die ihm zum Unterpfand gegebene Sache erhält, sondern solches immer bey dem Pfandschuldner bleibt.

§. 4. Wir wollen beyde Gesetze zu einer desto bessern Ueberzeugung einrücken. Die *L.* 13. *ff. de pign. act.* enthält folgendes: *Si cum vende-*

*derit*

d) L. 13 ff. de pign. act. L. 10. §. 1. ff. quib. mod. pig. vel hyp. solv. L. 3. C. com. de leg. et fideicom. Auth. res quæ subiacent Cod. eod. tit.

e) *L.* 35. §. 1. *de pign. act.* Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem. *L.* 12. *pr. ff. de distr. pign.*

*derit creditor pignus, convenerit inter ipsum et emtorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere suam, scripsit Julianus et est rescriptum, ob hanc conventionem pignoratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem, sed et ipse debitor aut vindicare oberit, aut in factum actione agere adversus emtorem.*

Und die *L.* 10. §. 1. *ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* redet eben so: *Creditor quoque si pignus distraxit, et ex venditione recessum fuerit, vel homo redhibitus, dominium ad debitorem revertitur. Idemque est in omnibus, quibus concessum est, rem aliam vendere, non enim, quia dominium transferunt, id eo ab emtore ius eius, recipiunt, sed in pristinam causam res redit, resoluta venditione.*

§. 5. Eben so wenig ist auch der Grund, daß eine Sache die der Restitution unterworfen, nicht unwiderruflich veräussert werden könne, allgemein genommen richtig. Die *L.* 3. *C. com. de leg. et fideic.* und die *auth. res quae subiucent C. eod. tit.* reden nicht von einem Kontrakt, sondern von einem letzten Willen, und verbiethen dem Erben den Verkauf der einen andern vermachten Sache, mit dem Zusatz, daß ein solcher unternommener Verkauf ungültig seyn solle, wie der Inhalt derselben zeigt.

§. 6. Wie aber kann sich der Verkäufer am besten gegen einen solchen Kauf sichern? Es werden zwar zu dem Ende viele Kautelen von den Rechtsgelehrten an die Hand gegeben, aber die mehrsten derselben haben die versprochne Wirkung nicht. Nur kann sich der Verkäufer einer völligen Sicherheit vergewissern, wenn er sich entweder eine Hypothek auf die verkaufte Sache geben, oder sich das Eigenthum vorbehält. In beyden Fällen kann er alsdenn gegen den dritten Besitzer, wenn der Käufer nichts desto weniger die Sache verkauft haben sollte, klagen. Sonst aber steht ihm kein ander Weg offen, als gegen seinen Käufer auf Schadloshaltung zu dringen.

# Hundert ein und achtzigste Meditation.

## Zur Einführung einer Gewohnheit, ist in den Gesetzen keine gewisse Zeit bestimmet.

§. 1.

Wie lange Zeit zur Einführung einer Gewohnheit erfordert werde? ist unter den Rechtsgelehrten nicht ausgemacht. Einige f) erfordern dazu eine Zeit von 10. oder 20 Jahren;

f) *Gail* lib. 2. obs. 31. *Mynsinger* cent. 6. obs. 41. n. 9. *Schilter* ex. 2. §. 19.

ren; andere g) von 40 Jahren; wieder andere, und zwar ältere Rechtsgelehrte, von 100 Jahren. Noch andere h) aber überlassen solches dem Gutbefinden des Richters, und dieser leztern Meinung pflichten wir bey.

§. 2. Wir wollen diejenigen Gründe, die eine jede Meinung vor sich hat, hier anzeigen. Diejenigen, welche eine Zeit von 10. oder 20 Jahren zum Grunde legen, sind zu dieser Meinung deswegen bewogen, weil einige Gesetze i) zur Einführung einer Gewohnheit eine lange Zeit erfordern, bey Verjährungen aber diese 10. oder 20 Jahr ausmachen k).

Aber unter dem Worte **lange Zeit**, kann man nicht immer eine gewisse und bestimmte Zeit annehmen, sondern man muß sich darin, nach der Materie, wovon die Rede ist, richten. Wenn daher bey der Verjährung jener Ausdruck

 gleich

g) *Cuiacius* lib. 9. obs. 24.

h) *Carpzov* part. 2. const. 3. def. 21. n. 4. *Stryk* U. M. Tit. de leg. Sctis et long. cons. §. 12. *Coccejí* J. C. eod. tit. qu. 12. *Kemmerich* de probat. cons. Sect. 2. §. 12. **Eisenhart** Erzählungen von besondern Rechtshändeln 2ter Th. Nr. 7. S. 193.

i) L. 1. §. 23. de aqua et aq. pluv. arc. act. L. 35. ff. de leg. Sctis et long. cons. L. 2. et 7. C. de serv. et aqua L. 1. C. quæ sit long. cons.

k) L. 1. C. de usuc. transf. L. 11. C. de præscr. long. temp. dec. vel vig. an.

gleich 10. oder 20 Jahr anzeigt: so schließt man doch um deswillen schon unrichtig von der Verjährung auf eine Gewohnheit, weil es bey jener nur auf Sachen der privat Personen, hier aber auf die Einführung eines Rechts unter einem ganzen Volk ankommt.

§. 3. Wenn die Gesetze l) zur Verjährung eines Rechts eine Zeit von 30. oder 40 Jahren erfordern, so hat man dies deswegen auf die Gewohnheit anwenden wollen, weil solche gleichfalls ein Recht ausmacht.

Wir haben schon in dem vorhergehenden Paragraph angeführet, daß man überhaupt ganz unrichtig von der Verjährung auf eine Gewohnheit schliesse, und dieser Schluß ist hier auch eben so falsch, da jene Gesetze nur von der Verjährung eines Rechts unter privat Personen reden.

§. 4. Eben so wenig Grund hat auch die leztere Meinung, daß nämlich 100 Jahr erfordert würden. Diese Meinung gründet sich gleichfalls in einigen Gesetzen, die man unrichtig verstanden und auf diesen Fall angewendet hat. Die Gesetze nennen oftmals die Gewohnheit *longaevum tempus* m); sie gebrauchen den Ausdruck *inveterata consuetudo* n) und hieraus zieht man

l) Tot. tit. C. de praesc. 30. vel 40. annor.
m) L. 2. C. quae sit long. consf.
n) L. 32. ff. de leg.

man nun die Folge, wenn ein *longaevum tempus* in den Gesetzen so viel als 100 Jahr heißt o); wenn gleichfalls durch das Wort *inveteratum* eine Zeit ausgedrückt wird, der man sich nicht erinnern kann p), so ist auch eine Zeit von 100 Jahren zur Einführung einer Gewohnheit erforderlich.

§. 5. Allein wenn gleich die Wörter *longaevum* und *inveteratum* oftmals eine Zeit von 100 Jahren anzeigen: so kann doch diese Bedeutung hier, wovon der Einführung einer Gewohnheit die Rede ist, nicht zum Grunde gelegt werden. Denn da die Gesetze überhaupt keiner gewissen Zeit erwähnen, und sich nur allgemeiner Ausdrücke bedienen, so kann man auch nicht jene Ausdrücke auf eine gewisse und bestimmte Zeit einschränken, sondern muß solche lediglich dem Gutbefinden des Richters überlassen, der alsdenn, so oft darüber ein Streit entsteht, ob eine Gewohnheit für eingeführt gehalten werden könne? darauf sehen muß, ob schon eine solche Zeit verflossen ist, aus welcher man auf eine stillschweigende Einwilligung schliessen könne. Und hiebey muß er immer auf die Beschaffenheit der Gewohnheit selbst sein Augenmerk richten.



o) L. 23. C. de Sctis eccl. L. 56 ff. de usufr.
p) L. 2. §. 1 ff. de aqu. et aqu. pluv. arc. act.

# Hundert zwey und achtzigste Meditation.

Wie viel Handlungen zur Einführung einer Gewohnheit erfordert werden, ist in den Gesetzen nicht bestimmet.

§. 1.

Zu einer jeden Gewohnheit werden nothwendig Handlungen erfordert, aus welchen man auf die Einführung derselben schliessen kann. Diese Handlungen müssen einige Zeit unternommen; sie müssen sich einander gleich, freywillig, und in der Meinung einer Verbindlichkeit geschehen; sie müssen der gesunden Vernunft nicht zuwider, und endlich müssen es auch viele Handlungen seyn. Wie viele Handlungen aber zur Einführung einer Gewohnheit erforderlich sind? darüber treffen wir keine gesetzliche Verordnung an q), sondern es kommt hiebey auf die Beschaffenheit der Gewohnheit selbst an. Die eine Gewohnheit erfordert wenigere, die andere mehrere Handlungen.

§. 2.

q) *Conanus* com. iur. civ. lib. 1. cap. 10. n. 6. Strube rechtliche Bedenk. Th. 1. Bed. 130. *Kemmerich* de prob. conſ. Sect. 2. §. 4.

§. 2. Es giebt aber dennoch einige Rechtsgelehrte r), die behaupten, daß durch zwey Handlungen eine Gewohnheit eingeführet werde. Sie schliessen solches erstlich aus dem *pr. J. de cod.* worin gesagt wird, daß das Recht Kodicille zu machen, durch zwey Handlungen eingeführet sey; zweytens aus der *L. 3. C. de episcop. aud.*, nach welcher derjenige, der zweymal ein Verbrechen begangen, sich solches angewöhnt zu haben, behauptet wird.

§. 3. Aber daß nicht immer zwey Handlungen hinreichend sind, lehren uns die Gesetze. Es heißt in der *L. 1. C. quae sit long. consf.* Praeses provinciae probatis his quae in oppido *frequenter* in eodem controversiarum genere servata sunt, causa cognita statuet. Und eben so auch in der *L. 3. C. de aedif. priv.* Wie kann man aber von dem, was zweymal geschehen, sagen, daß solches häufig geschehen sey.

Was nun noch die Gesetze, die man zur Begründung der gegenseitigen Meinung anführet, betrift: so ist es nicht schwer zu zeigen, daß aus solchen keinesweges das, was man daraus erweisen will, erwiesen werden kann. Denn daß das Recht Kodicille zu machen durch zwey Handlungen eingeführet worden, kann man aus jener Stelle der Institutionen nicht erweisen, zu



r) *Carpzov* part. 2. const. 3. def. 22. *Schilter* ex 2. §. 17. *Gail* lib. 2. obs. 31. n. 7. *Mynsinger* cent. 6. obs. 41. n. 7. *Cocceii* J. C. Tit. de leg. Sct. et long. cons. qu. 11.

dem ist auch das Recht Kodicille zu machen, durch besondere Genehmigung des Kaisers August, also nicht durch eine Gewohnheit eingeführet. Und so kann man auch nicht von dem was sich ein Mensch angewöhnt, auf die Gewohnheit, die ein Recht unter einem ganzen Volk ausmacht, schliessen. Das was sich ein Mensch angewöhnt macht kein Recht aus, wohl aber was ein ganzes Volk in der Meinung einer Verbindlichkeit unternimt.

# Hundert drey und achtzigste Meditation.

## Zur Gültigkeit einer Gewohnheit werden keine gerichtliche Handlungen erfordert.

### §. 1.

Wir haben schon bemerket, wie die Handlungen, wodurch eine Gewohnheit eingeführet werden soll, beschaffen seyn müssen. Ob nun noch überdem erfordert werde, daß nach der Gewohnheit gerichtlich gesprochen sey, darüber streitet man s). Wir glauben, daß so wohl durch

s) Es behaupten solches: *Schilter* ex. 2. §. 21. *Wernher* Tom. 2. part. 9. obs. 193. Hingegen verneinen es: *Gail* lib. 2. obs. 31. n. 8. *Struv*

durch aussergerichtliche als gerichtliche Handlungen eine Gewohnheit eingeführet werden könne. Der Grund, daß die Gewohnheit als ein Recht gilt, liegt in der stillschweigenden Einwilligung. Um nun auf diese stillschweigende Einwilligung schliessen zu können, dazu werden Handlungen erfordert. Kann aber nicht so wohl aus aussergerichtlichen, als gerichtlichen Handlungen diese Einwilligung gefolgert werden?

§. 2. Selbst in den Gesetzen werden die Gewohnheit, und eine rechtskräftig entschiedene Streitsache von einander unterschieden. Es heißt desfalls in der *L. 38. ff. de leg. etc.* so: *nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere.* Wenn aber nur zur Gültigkeit einer Gewohnheit nöthig wäre, daß nach derselben im Gericht gesprochen worden, so würde in der That nichts anders als eine res iudicata zum Grunde liegen.

§. 3. Der Widerspruch der hiebey in der *L. 34. ff. de legib. etc.* liegt, wird bald verschwinden, wenn wir nur das Gesetz selbst etwas genauer ansehen. Das Gesetz lautet so: *Cum*

*Struv* ex 2. §. 20. *Hahn* ad Wesenb. Tit. de leg. Sctis et long. consf. n. 9. *Coccejii* J. C. eod. tit. qu. 11.

*Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confiteri quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit.* In diesen Gesetz wird nicht gesagt, daß zur Einführung einer Gewohnheit erforderlich sey, daß nach derselben gesprochen worden, sondern nur, daß es das beste Beweismittel sey, wenn über eine Gewohnheit ein Streit entsteht, sich auf eine gerichtliche Entscheidung berufen zu können. Das Gesetz enthält also eher einen Rath als eine gesetzliche Disposition, und wird daher immer ganz verkehrt auf gegenwärtige Streitfrage angewendet.

---

Hundert

# Hundert vier und achtzigste Meditation.

Wer das Recht hat über eines andern Land sein Vieh zu treiben, der ist auch berechtiget über dasselbe zu gehn.

§. 1.

Es ist hier die Frage: ob derjenige, welcher die Dienstbarkeit der Viehtrift hat, auch die Dienstbarkeit des Fußsteigs habe? Diese Frage wird von dem Kaiser Justinian *pr. J. de serv.* so beantwortet: *qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest, etiam sine iumento.* Auf gleiche Weise wird jene Frage in der *L. 2. ff. quemadm. serv. am.* entschieden: *qui iter et actum habet, si statuto tempore tantum ierit non periisse actum sed manere Sabinus, Cassius, Octavenus aiunt: nam ire quoque per se eum posse, qui actum haberet.*

§. 2. Es würde überflüßig seyn, bey diesen so deutlichen Verordnungen der Gesetze, noch weiter was hinzu zusetzen. Ein jeder der nur erwägen will, daß die Dienstbarkeit der Viehtrift weit mehr unter sich begreiffe, als die Dienstbarkeit des Fußsteigs, wird leicht einsehen,

hen, daß leztere unter der erstern mit enthalten sey; denn wer zu dem Größern berechtiget ist, ist auch zu dem Geringern berechtiget t). Daher halten die Gesetze eine solche Stipulation, wo zuerst die Viehtrift, nachher der Fußsteig versprochen wird, für unbedeutend u), weil beyde unter einander begriffen sind.

§. 3. Der größte Theil der Rechtsgelehrten v) stimmen unserer Meinung bey, nur einige w) besonders aber ältere Rechtsgelehrten behaupten das Gegentheil.

Man sagt, wenn derjenige welcher die Viehtrift hat, auch den Fußsteig hat, so wird das Land mit zwey Dienstbarkeiten beschweret, und leidet also der Eigenthümer jenes Landes auf eine doppelte Art. — Allein fürs erste ist es unerfindlich, daß dadurch einer doppelten Schaden leiden sollte; denn die Dienstbarkeit des Fußsteigs, ist bey weitem nicht so nachtheilig, wie die Dienstbarkeit der Viehtrift. Fürs andere sind hier auch keine zwey besondere und von einan-

t) *L.* 21. *ff. de reg. iur.* Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere.

u) L. 58 ff. de verb. obl. L. 9. §. ult. ff. de novat.

v) *Caepolla* de serv. Pr. 2. cap. 2. n. 2. *Hilliger* in Don. lib. 11. cap. 6. lit. e. *Struv* ex 13. §. 21. *Heineccii* elem. iur. civ. sec. ord. Just. Tit. de serv. §. 410.

w) *Faber* coniect. lib. 1. cap. ult.

ander getrennte Dienstbarkeiten; denn wer sein Vieh über das andere Land zu treiben berechtiget ist, warum sollte dem nicht erlaubt seyn, über eben das Land zu gehen?

§. 4. Zwar geben wir das gerne zu, daß durch Verträge allerdings ein anders ausgemacht werden, und man sich ausdrücklich vorbehalten könne, daß man nicht anders, als wenn das Vieh über Land getrieben werde, auch über dasselbe gehen dürfe; aber das ist eine Ausnahme und macht keine Regel. Erklären wir so die uns entgegenstehende Gesetze x), wie wir sie den nothwendig so, wie aus dem vorhergehenden klar ist, erklären müssen, so sind selbige unserer Meinung keinesweges entgegen.

---

Hun-

x) *L. 4. §. 1 ff. si serv. vind.* qui iter sine actu, vel actum sine itinere habet: actione de servitute tenetur.

*L. 11. §. 6. de except. rei iud.* si quis iter petierit, deinde actum petat, puto fortius defendendum, aliud videri tunc petitum, aliud nunc, atque ideo exceptionem rei iudicatae obstare.

# Hundert fünf und achtzigste Meditation.

Das Recht in seiner Mauer oder Wand Fenster zu machen, steht einem jeden, auch ohne Erlaubniß seines Nachbaren, zu.

§. 1.

**Titius** hatte in seiner Wand, welche an des **Mevius** seinen Hof gränzte, einige Fenster machen lassen. **Mevius** ließ solches dem **Titius** untersagen, und wie dieser davon nicht abstehen wollte, klagte er wider denselben.

Wir wollen die Gründe, die jeder Theil zur Behauptung seines Rechts anführte, hier nur kürzlich anzeigen, woraus sich denn von selbst ergeben wird, daß der **Mevius** mit seiner Klage den gemeinen Rechten nach abgewiesen werden muste.

§. 2. Es ist mehr als zu bekannt, daß die natürliche Freyheit einem jeden berechtige, auf dem Seinigen zu thun was er will, wenn auch gleich oft dem Nachbar ein Schade dadurch zugefügt werden sollte y); nur muß durch ein

y) *L. 24. §. ult. ff. de dam. inf.* Item videamus, quando damnum dare videatur, stipulatio enim hoc

ein solch Unternehmen nichts auf des andern Grund und Boden immittiret werden z). Dies geschieht aber keinesweges dadurch, wenn man in seiner Wand Fenster machen läßt, wie ein jeder leicht einsehen wird. Aus diesen allgemeinen Grundsätzen, welchen noch die meisten Rechtsgelehrten a) beytreten, muste daher jene streitige Frage nothwendig zum Vortheil des Beklagten entschieden werden.

§. 3. Wir wissen zwar wol, daß viele Rechtsgelehrte b) von unserer Meinung abweichen;

hoc continet, quod vitio aedium, loci, operis damnum fit; ut puta in domo meo puteum aperio, quo aperto venae putei præcisae sunt, an tenear? Ait Prebatius non teneri me damni infecti, neque enim existimari, operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua iure meo usus sum, si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur.

z) *L.* 8. §. 5. *ff. si serv. vind.* in suo enim alii hactenus favere licet, quatenus nihil in alienum immitat.

a) *Donellus* com. iur. civ. lib. 11. cap. 5. et *Hilliger* ad eund. lit. d. *Caepolla* de servit. cap. 62. *Carpzov* part. 2. const. 41. def. 12. *Struv* ex 13. §. 13. *Stryk* U. M. Tit. de serv. praed. urb. §. 9. *Puffendorf* Tom. 1. obs. 196. *Hommel* Rhaps. obs. 33. n. 2. *Wernher* Tom. 2. p. 10. obs. 500.

b) *Cuiacius* observ. lib. 1. c. 33. *Duarenus* com. iur. civ. ad pr. Tit. de serv. præd. urb. et in disp.

chen; aber ihre Gründe scheinen uns nicht überzeugend und hinreichend zu seyn, um das Gegentheil daraus zu erweisen. — Denn, wenn man uns hier einwirft; daß es keinem erlaubt sey, durch seine Handlungen einem andern Schaden zu zufügen; so antworten wir, wer sich seines Rechts bedient der schadet keinem c). Ueberhaupt aber muß man immer auf die Hauptursache, nicht aber auf die Folgen sehen. Derjenige, der in seiner Wand Fenster macht, hat nicht den Endzweck seinem Nachbar dadurch zu schaden, sondern sich Licht zu verschaffen. Wollte man beständig darauf mit Rücksicht nehmen, was ein Nachbar für sich vor schädlich halte, wie sehr würde man alsdenn nicht auf dem Seinigen eingeschränkt werden.

§. 4. Ferner sagt man; wenn es wahr ist, daß man nur vermöge der einem zustehenden Dienstbarkeit Fenster machen darf d), so folgt, daß in der natürlichen Freyheit dieses Recht nicht gegründet sey. Aber hier verwechselt man das Recht in seiner Wand Fenster zu machen, mit dem Lichtrecht (servitus luminum). Von lezterem reden nur die angeführten Gesetze. Unter beyden aber ist ein großer Unterschied;

disp. anniv. lib. 1. cap. 33. *Wesenbec* ad ff. de serv. praed. urb. *Hottoman* amic. resp. lib. 2. cap. 31.

c) L. 151. ff. de reg. iur.

d) L. 4. 15. 16. ff. de serv. praed. urb.

schied; denn wer die Dienstbarkeit des Lichts hat, der kann auch seinem Nachbar, wenn er etwas unternehmen sollte, wodurch dieses Licht ihm entzogen würde, solches verbiethen e). Dies fällt aber alsdenn weg, wenn einer, ohne sich eine Dienstbarkeit geben zu lassen, Fenster in seiner Wand macht; hier hat der Nachbar immer das Recht solche zu verbauen f).

§. 5. So lassen sich auch leicht die Zweifel, die aus der *L.* 40. *ff. de serv. praed. urb.* und der *L.* 8. *C. de serv. et aqua* entstehen, heben. — In dem ersten Gesetz wird folgendes verordnet: *eos, qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi, nullo iure fenestras immisisse respondi.* — Dieses Gesetz redet von unserm Fall nicht, sondern davon, wenn einer in einer gemeinschaftlichen Wand ein Fenster macht. Wem ist aber nicht bekannt, daß niemand bey einer gemeinschaftlichen Sache ohne Wissen des andern was vornehmen g) also auch keine Fenster in einer gemeinschaftlichen Wand machen könne.



e) L. 4. ff. de serv. praed. urb.

f) L. 9. de serv. praed. urb.

g) *L. 8. ff. de serv. praed. urb.* parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum, et reficiendi ius non est, quia non solus dominus est.
*L. 28. ff. com. div.* Sabinus, in re communi neminem dominorum iure facere quicquam, in vito altero posse.

§. 6. Die *L. 8. C. de serv. et aqua* kann eben so wenig hieher gezogen werden, denn dieses Gesetz redet, wie der Inhalt desselben zeigt, von einem solchen Fall, wenn jemand nicht in seiner eignen, sondern in des andern seiner Wand Fenster gemacht hat. Es heißt: *in pariete vero tuo si fenestram Julianus vi vel clam fecisse convincatur, sumptibus suis opus tollere, et integrum parietem restituere compellitur.*

Schlieslich führen wir hier nur noch an, daß in vielen Landes- und Stadtgesetzen verbothen sey, Fenster in seiner Wand, die auf des Nachbaren Grund geht, Fenster zu machen. Wo dieses verordnet ist, da wird alsdenn die Einwilligung des Nachbars erfordert, sonst aber nicht.

---

# Hundert sechs und achtzigste Meditation.

Das Lichtrecht (*servitus luminum*) und das Recht, daß man einem das Licht nicht verbauen darf, (*ne luminibus officiatur*) sind zwey von einander verschiedne Dienstbarkeiten.

§. 1.

Das beyde angeführte Dienstbarkeiten von einander ganz verschieden, folglich nicht einerley sind, können wir aus der *L. 4. ff. de serv. praed urb.* schliessen, als in welchem Gesetz der Unterschied zwischen beyden ganz deutlich angegeben wird. *Luminum in servitute constituta, id adquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. Cum autem servitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne ius sit vicino, invitis nobis altius aedificare, atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum.* Man sieht hieraus, daß die *servitus ne luminibus officiatur* weit mehr unter sich begreiffe, als die *servitus luminum* h). Denn vermöge der er-

X 3 stern

h) *Cuiacius* observ. lib. 1. cap. 4. *Duarenus* disp. anniv. lib. 1. cap. 33. *Hottomann* amic. resp. lib. 2. cap. 4. *Struv* ex 13. §. 13.

stern hat man das Recht dem Nachbar zu verbiethen, wenn er etwas unternehmen sollte, was dem Licht schaden könnte. Dies fällt aber bey der leztern weg, denn da steht es dem Nachbar frey, das Licht wieder zu verbauen. Ueberhaupt aber giebt die *servitus ne luminibus officiatur* kein Licht, sondern conserviret es nur, die *servitus luminum* aber giebt einem das Licht.

§. 2. Es giebt zwar einige Gesetze, die diesem gemachten Unterschied zu widersprechen scheinen, und wodurch einige Rechtsgelehrte i) bewogen worden, beyde für ein und eben dieselbe Dienstbarkeit zu halten: aber um zu zeigen, wie ungegründet dies sey, wollen wir die Gesetze selbst hier einrücken.

Die *L.* 15. *ff. de serv. praed. urb.* enthält folgendes: *inter servitutes ne luminibus officiatur, et ne prospectus offendatur aliud et aliud observatur: quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum, et liberum: in luminibus autem non officere, ne lumina cuiusquam obscuriora fiant: quodcunque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur; opusque ei novum nuntiari potest, si modo sic faciat, ut lumini noceat.*

§. 3.

i) *Donellus* com. iur. civ. lib. 11. c. 5. *Bronchorst* cent. 2. aff. 5.

§. 3. Man will aus diesem Gesetz so viel beweisen, daß **Ulpian** hier beyde Dienstbarkeiten für eine genommen, indem er die *servitus ne luminibus officiatur*, wovon er im Anfang geredet, nachher *servitus luminum* genennet habe. — Allein, daß diese Behauptung dem Gesetz widerspreche, ist aus dem Inhalt desselben klar. **Ulpian** redet darin keinesweges von der *servitus luminum*, sondern blos von der *servitus ne luminibus et ne prospectui officiatur* und erkläret den unter beyden obwaltenden Unterschied, indem er die Stücke, die erstere unter sich begreift, angiebt. Wenn sich daher gleich der Verfasser dieses Gesetzes das Wort *lumen* schlechtweg bedient: so zeigt doch der Nachsatz, daß er in der That von der *servitus ne luminibus officiatur* rede.

§. 4. Eben so wenig werden auch in der *L. 16. ff. de serv. praed. urb.* beyde mit einander verwechselt. **Paulus** als Verfasser dieses Gesetzes erkläret in demselben, was Licht und Aussicht (prospectus) sey, und wie beyde von einander verschieden sind. Er redet also eigentlich nicht von diesen beyden Dienstbarkeiten selbst, sondern nur davon was man durch dieselben erhält. Das Gesetz selbst lautet so: *lumen, id est, ut coelum videretur et interest inter lumen et prospectum, nam prospectus etiam ex inferioribus locis est: lumen ex inferiore loco esse non potest.*

§. 5. Daß endlich uns die *L. 23. ff. de serv. praed. urb.* keinesweges entgegen stehe, brauchen wir nicht zu zeigen; denn der bloße Anblick des Gesetzes lehret, daß darin von unserm Fall gar nicht die Rede sey. Es heißt: *si servitus imposita fuerit, lumina quae nunc sunt, ut ita sint, de futuris luminibus nihil caveri videtur; quod si ita cautum, ne luminibus officiatur: ambigua est scriptura, utrumne his luminibus officiatur, quae nunc sunt, an etiam his, quae postea quoque fuerint, et humanius est, verbo generali omne lumen significari, sive quod in praesenti, sive quod post tempus conventionis contigerit.*

§. 6. Diese hier angeführte Gesetze, bediente sich, in einem über jene Frage entstandnem Rechtsstreit, der Kläger, welcher seinem Nachbar nicht gestatten wollte, eine Mauer aufzubauen, weil dadurch sein Licht verdunkelt würde. Weil aber der Kläger eingestehen muste, daß ihm nichts weiter als das Lichtrecht zustehe, so konnte auch auf sein Suchen, dem Nachbar den Bau zu verbiethen, nicht geachtet werden, indem wie schon gezeigt ist, die *servitus luminum* nicht die *servitus ne luminibus officiatur* unter sich begreift.

---

Hundert

# Hundert sieben und achtzigste Meditation.

Eben sowol sind auch die Dienstbarkeiten das Licht nicht zu verbauen, und nicht höher zu bauen (altius non tollendi) von einander verschieden.

§. 1.

Um den Unterschied, der unter diesen beyden Dienstbarkeiten ist, desto besser einzusehen, wollen wir die Erklärung derselben voraussetzen.

Die *servitus ne luminibus officiatur* ist diejenige Dienstbarkeit, vermöge welcher einer alles das unterlassen muß, wodurch dem Licht seines Nachbars geschadet werden kann. — Die *servitus altius non tollendi* aber ist eine Dienstbarkeit nach welcher einer zum Besten seines Nachbars nicht höher bauen darf.

§. 2. Schon aus dieser Erklärung sehen wir, wie weit beyde Dienstbarkeiten von einander verschieden sind, und daß erstere weit mehr als leztere unter sich begreife. Die *servitus altius non tollendi* geht nur blos darauf,

daß man nicht höher bauen darf. Wer also diese Dienstbarkeit hat, der kan seinem Nachbar nichts weiter als das höhere Bauen untersagen. — Aber die *servitus ne luminibus officiatur* geht noch viel weiter. Bey dieser ist es nicht blos dem Nachbar verbothen höher zu bauen, wenn er dadurch unserm Licht schaden sollte, sondern er muß alles das unterlassen, was nur irgend uns das Licht benehmen kann k). Ja oft steht es nicht einmal dem Nachbar frey, sein Gebäude zu erniedrigen, wenn nämlich durch das Zurückprallen der Sonnenstrahlen unser Licht verstärkt wird l), dies mag genug seyn, den Unterschied unter diesen beyden Dienstbarkeiten zu zeigen m).

§. 3.

k) *L.* 17. *ff. de serv. praed. urb.* — Si arborem ponat, ut lumini officiat, aeque dicendum erit, contra impositam servitutem eum facere: nam et arbor facit quo minus coeli videri possit. *Wernher* part. 10. obs. 282.

l) *L.* 7. §. 2. *ff. de serv. praed. urb.* interdum dici potest, eum quoque, qui tollit aedificium, vel deprimit, luminibus officere: si forte κατά άτανακλασιν, id .est, per refractionem seu repercusionem, vel pressura quadam lumen in eas aedes devolvatur.

m) *Faber* coniect. lib. 19. cap. 15. *Wesenbec* ad ff. Tit. de serv. praed. urb. n. 4. *Hilliger* in Donell. enucl. lib. 11. cap. 5. lit. a. *Hotomann* resp. amic. lib. 2. cap. 5. *Wernher* Tom. 2. part. 10. obs. 272.

§. 3. Wir wollen nun noch die Gründe derjenigen Rechtsgelehrten n), die beyde Dienstbarkeiten für eins halten, kennen lernen. — Den ersten Einwurf den man uns macht ist dieser; man glaubt nämlich, die *servitus altius non tollendi* würde alsdenn ganz unnütz seyn, wenn man sie von der *servitus ne luminibus officiatur* trennen wollte, indem erstere keinen andern Endzweck habe, als um dem Licht des Nachbaren nicht zu schaden. — Diesen Einwurf brauchen wir nicht zu widerlegen, da er sich von selbst durch das, was wir in vorhergehenden Paragraph gesagt haben, hebet. Und wenn gleich die *servitus ne luminibus officiatur*, die *servitus altius non tollendi* mit unter sich begreift, so folgt deswegen noch nicht, daß beyde einerley seyn müssen.

§. 4. Der Zweifelsgrund, den man aus diesen Worten der *L.* 4. *ff. de serv. praed. urb.* cum autem servitus imponitur, *ne luminibus officiatur*, hoc maxime adepti videmur ne ius sit vicino, *invitis nobis altius aedificare, atque ita minuere lumina aedificiorum nostrorum* hernimt, bedeutet in der That nichts. — Denn daß die *servitus ne luminibus officiatur* nicht blos auf das höhere Bauen ein-

n) *Donellus* com. iur. civ. lib. 11. cap. 5. *Cuiacius* obs. lib. 17. cap. 35. *Bronchorst* cent. 2. ass. 5. *Vinnius* ad §. 11. J. de rer. div.

eingeschränkt sey, haben wir bereits erwiesen, und zeiget solches jenes Gesetz gleichfalls, wenn darin gesagt wird, *hoc maxime adepti videmur*; so daß also durch dieses Gesetz unsre Meinung eher erwiesen, als widerleget wird.

§. 5. Noch scheinet uns der §. 1. *J. de serv.* entgegen zu stehen, worin es heißt: *ne altius quis tollat aedes suas, ne luminibus vicini officiat.* Man glaubt, daß hier durch die leztern Worte *ne luminibus vicini officiat*, die *servitus altius non tollendi* erkläret werde. — Aber wer sollte nicht bald das gezwungne jener Erklärung einsehen. Denn das hier durch das Wort *ne* keinesweges die erstere angeführte Dienstbarkeit bestimmet, sondern vielmehr eine neue Art von Dienstbarkeiten angeführet werde, zeigt der Zusammenhang jener Worte mehr als zu deutlich. Es würde daher unnöthig und überflüßig seyn, das geringste noch weiter hinzusetzen.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Overbeck, August Wilhelm,

Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien

Bd.: 3

Braunschweig [u.a.] 1792

J.rom.m. 385 m-3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10627113-9
VD18 80255566-001